Die Fusion von Aktiengesellschaften nach schweizerischem Recht unter besonderer Berücksichtigung des zweiten Entwurfes eines Bundesgesetzes, betreffend Revision der Titel 24 bis 33 des Obligationenrechts.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Josef Lagers

aus Münster i. W.

Referendar am Amtsgericht zu Münster i. W.

Approbiert am 18. Januar 1929.

53 10

Gedruckt bei Heinr. & J. Lechte, Emsdetten (Westf.)

1931

1:209

Die Fusion von Aktiengesellschaften nach schweizerischem Recht unter besonderer Berücksichtigung des zweiten Entwurfes eines Bundesgesetzes, betreffend Revision der Titel 24 bis 33 des Obligationenrechts.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Josef Lagers

aus Münster i. W.

Referendar am Amtsgericht zu Münster i. W.

Approbiert am 18. Januar 1929.

53 10

Gedruckt bei Heinr. & J. Lechte, Emsdetten (Westf.)

1931

Referent: Geheimer Justizrat Univ.-Professor Dr. Kübler.

Dem Andenken meiner Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549628_0048

Inhaltsverzeichnis.

Seite:

A. Der Begriff der Fusion.

I. Die Vereinigung der Rechtspersonen.

1. Die Subjekte der Fusion

a. nach ihrer rechtlichen Gestalt, 1

b. nach ihrer Zahl. 2

2. Die Art der Vereinigung (Annexion oder Kombination). 3

II. Leistung und Gegenleistung.

1. Die Uebertragung des Vermögens.

a. Der Begriff des Vermögens. 6

b. Die Art des Vermögensüberganges. 6

2. Die Gegenleistung für die Vermögensübertragung. 10

B. Die Fusion in ihrem Verlauf.

Der Fusionsvertrag.

1. Die Vorbereitung des Vertrages. 13

2. Die Beschlüsse der Generalversammlungen.

a. Gemeinsames der Beschlüsse. 13

b. Die Besonderheiten der Generalversammlungsbeschlüsse.

a1. Der Beschluß der übertragenden Gesellschaft. 15

b1. Der Beschluß der übernehmenden Gesellschaft. 17

3. Die Wirksamkeit des Fusionsvertrages. 19

II. Die Vollziehung der Fusion.

1. Die Erfüllung des Vertrages.

a. Form und Frist des Vermögensüberganges. 23

b. Die Gewährung der Gegenleistung. 25

2. Liquidationsausschluß. 27

3. Die Eintragung der Auflösung der Gesellschaft in das Handelsregister. 28

III. Die Anfechtung der Fusion. 29

C. Der Schutz der Gläubiger der überragenden Gesellschaft

I. Die Schutzvorschriften.

1. Die getrennte Verwaltung des Vermögens der aufgelösten Gesellschaft.

a. Die Durchführung der getrennten Verwaltung. 31

b. Die Beendigung der getrennten Verwaltung nach

a1. Befriedigung oder Sicherstellung der Gläubiger, 32

b1. Ablauf des Sperrjahres. 36

2. Das Bestehenbleiben des Gerichtsstandes der aufgelösten Gesellschaft. 37

3. Die Haftung der Verwaltung der aufnehmenden Gesellschaft für die Verletzung der Vorschriften über die getrennte Verwaltung. 37

II. Die praktische Bedeutung der Schutzvorschriften, besonders im Falle des Konkurses. 38

Literatur-Verzeichnis.

Amtliche Sammlung	Schweizerischer Bundesgesetze = ASsB.
Archiv	für bürgerliches Recht = ABR.
Bachmann, G.:	Die Sonderrechte des Aktionärs, Zürich 1902.
Bachmann, G.:	Komm. zu Titel 26 des OR. (Das Recht der AG.) in Fick, Komm. zum OR. Bd. 2, Zürich 1915.
Beck, Emil:	Die Gläubigergemeinschaft bei Anleihensobligationen nach der Verordnung des Bundesrates vom 20. Febr. 1918, Bern 1918.
Behrend, J. Fr.:	Lehrbuch des Handelsrechts, Berlin 1896.
Blätter	für Zürch. Rechtsprechung, Bl. Z. R.
Boßhard, Rudolf:	Fusion von Aktiengesellschaften nach schweizerischem und deutschem Recht, Leipziger Diss. 1923.
Cohn, Georg:	Die Aktiengesellschaft. Aus dem Nachlaß von Georg Cohn, bearbeitet von F. Fick und R. Zehntbauer, Bd. 1, Zürich 1921.
Cosack, Conrad:	Lehrbuch des Handelsrechts, Stuttgart 1922.
Curti, Arthur:	Schweizerisches Handelsrecht, Zürich 1909.
Entscheidungen	des Reichsgerichts in Zivilsachen = RGZ.
Entscheidungen	des Reichsoberhandelsgerichts = ROHG.
Entscheidungen des	Schweizerischen Bundesgerichts = EBG.
II. Entwurf:	eines Bundesgesetzes, betreffend Revision der Titel 24 bis 33 des Obligationenrechts, 1923.
Entwurf eines	Handelsgesetzbuchs nebst Denkschrift, Amtliche Ausgabe, Berlin 1896.
Fick, F.:	Die Verschmelzung (Fusion) von Aktiengesellschaften nach schweizerischem Recht, Zürich 1924.
Fick, F.:	Die verschleierte und schieberhafte Gründung von Aktiengesellschaften, Zürich 1922.
Fischer:	Die Aktiengesellschaft. In Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd. III, Abtlg. 1, Leipzig 1916.
Haberstich, J.:	Handbuch des schweizerischen Obligationenrechts, Bd. 2, Zürich 1887.
Häfner, H.:	Komm. zum schweizerischen Obligationenrecht, fortgesetzt von A. Goll, Zürich 1905.

Hasler, Georg: Die Schuldübernahme in der Theorie und im schweizerischen Recht, Züricher Diss. 1911.

Henze, Emil: Der Konkurs der AG. nach schweizerischem Recht, Berner Diss. 1923.

Hergenhahn, Th.: Das Reichsgesetz, betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften, Berlin 1891.

Heusler, Andreas: Der Einfluß von Gemeindevereinigung auf Gemeindeschulden in ZSR. 32 S. 353.

Heusler, Andreas: Literaturanzeige in ZSR. 41 S. 323.

Huber, Eugen; Laband, P.: Zwei Gutachten über die Rechtsfragen, die sich aus dem Rückkaufe der schweizerischen Hauptbahnen für deren Obligationenanleihen ergeben. Im Auftrage des schweiz. Eisenbahn-Departementes erstattet. Bern 1900.

Jaeger, Ernst: Komm. zur Konkursordnung, Berlin 1904.

Jäger, C.: Komm. zum Bundesgesetz über Schuldbeitreibung und Konkurs, Zürich 1911.

Küfner, Hans: Fusion einer Aktiengesellschaft, Erlanger Diss. 1896.

Laband, Paul; Huber, E.: Zwei Gutachten über die Rechtsfragen, die sich aus dem Rückkaufe der schweizerischen Hauptbahnen für deren Obligationenanleihen ergeben. Im Auftrage des schweizerischen Eisenbahn-Departementes erstattet. Bern 1900.

Lardelli, Albert: Die Obligationen der Aktiengesellschaft, Züricher Diss. 1913.

Oberer, J.: Ueber die Rechte der Gläubiger bei der Liquidation von Aktiengesellschaften nach schweizerischem Recht, in ZSR. 41 S. 71.

Oser, H.: Schweizerisches Zivilgesetzbuch mit Obligationenrecht, Zürich 1917.

Petersen, v. Pechmann: Gesetz, betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften, Leipzig 1890.

Pisko, Oskar: Das kaufmännische Unternehmen. In Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd. 2, Abtlg. 1, Leipzig 1914.

v. Randa: das österreichische Handelsrecht, Bd. 2, Wien 1905.

Rehfous, L.: De la révision des règles du droit suisse relatives à la société anonyme, in ZSR. 45 S. 567.

Renaud, Achilles:	Das Recht der Aktiengesellschaften, Leipzig 1875.
Ring, Viktor:	Das Reichsgesetz betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften, Berlin 1893.
Rossel, Virgile:	Manuel du droit civil suisse, tome 3, Lausanne 1912.
Schneider, A.:	Zu Art. 640 des schweizerischen Obligationenrechts, in ZSR. 34 S. 1.
Schneider u. Fick:	Das schweizerische Obligationenrecht, Zürich 1882.
Schweiz.	Aktiennovelle vom 8. 7. 1919 in ASsB. Bd. 35 S. 528.
Schweiz.	Juristenzeitung = SJZ.
Sehling, Emil:	Deutsches Handelsrecht, Hamburg 1924.
Sohm:	Vermögensrecht, Gegenstand, Verfügung, in ABR 28 S. 173.
Staub, Hermann:	Komm. zum allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, Berlin 1896.
Staub, Hermann:	Komm. zum HGB., 10. Auflage, Berlin und Leipzig 1920.
Staub-Pisko:	Komm. zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch, Ausgabe für Oesterreich, Wien 1908/1910.
Sträuli, Hans:	Veränderungen des Grundkapitals der Aktiengesellschaft nach dem schweizerischen Obligationenrecht. In ZSR. 36 S. 1.
Treadwell, G. P.:	Die Geschäftsübernahme, Züricher Diss. 1913.
Vogt, Gustav:	Rechtsgutachten betreffend die Abberufung von Mitgliedern des Verwaltungsrates der Jura-Simplon-Bahn, Zürich 1892.
v. Völderndorff, Otto:	Konkursordnung für das deutsche Reich, Erlangen 1884/85.
v. Waldkirch, O.:	Die Revision des schweizerischen Aktiengesellschaftsrechts in ZSR. 45 S. 634.
v. Waldkirch, O.:	Zu Art. 640 des schweizerischen Obligationenrechts in ZSR. Bd. 34 S. 315.
Wieland, Alfred:	Das Rückkaufsrecht des Bundes und die Rechtsstellung der Obligationäre bei der Verstaatlichung schweizerischer Eisenbahnen. In ZSR. 42 S. 1.
Wieland, Karl:	Das Sachenrecht des schweizerischen Zivilgesetzbuchs, Zürich 1909.
Wiener:	Umwandlung und Fusion von Gesellschaften in Z. f. HR. 27 S. 333.

Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins = ZBJV.
Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht = Z.f.HR.
Zeitschrift für schweizerisches Recht = ZSR.
v. Ziegler, Eugen: Fusion von Aktiengesellschaften nach dem geltenden deutschen Rechte. In Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, Bd. 18 S. 57 ff., 113 ff., 139 ff. und 169 ff.
Zollikofer, Werner: Fusion von Aktiengesellschaften nach schweizerischem Recht, Züricher Diss. 1916.
Zweiter Bericht über die Revision der Titel 24 bis 33 des schweizerischen Obligationenrechts, 1923.

A. Der Begriff der Fusion.

I. Die Vereinigung der Rechtspersonen.

1. Die Subjekte der Fusion,

a. nach ihrer rechtlichen Gestalt.

Unter Fusion im Sinne des Art. 669 OR. ist nur die Verschmelzung von Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften untereinander oder auch im Wechsel zu verstehen[1]). Anderer Meinung ist Fick[2]), der die Kommanditaktiengesellschaft nicht als Subjekt der Fusion im Sinne des Art. 669 OR. ansehen will und auch irrtümlich Zollikofer für seine Meinung zitiert. Es ist nicht ersichtlich, warum Fick die Kommanditaktiengesellschaft ausschließen will, da doch Art. 676 OR., der die Vorschriften der AG. auf die KAG. für anwendbar erklärt, eine Ausnahme von der Vorschrift des Art. 669 OR. nicht ausspricht.

Dagegen ist eine Vereinigung einer AG. oder einer KAG. durch Aufnahme einer anders gearteten Gesellschaft oder des Unternehmens eines Einzelkaufmanns nicht als Fusion im Sinne des Art. 669 OR. anzusprechen. So auch die herrschende Meinung[3]). Umgekehrt müssen natürlich auch bei einer Vereinigung einer AG. mit einer anderen Gesellschaft unter Auflösung der AG. die gewöhnlichen Grundsätze über Auflösung einer AG. (Art. 666 ff. OR.) angewendet werden[4]).

Eine AG. im Gründungsstadium kann weder als übertragende noch als übernehmende Gesellschaft fusionieren. Sie steht nur einer einfachen Gesellschaft gleich, da sie gemäß Art. 623 OR. erst infolge der Eintragung in das Handelsregister Persönlichkeit erlangt[5]).

Dagegen muß man wohl die Fusion von Gesellschaften im Liquidationsstadium zulassen[6]). Mit Zollikofer[7]) ist jedoch die Einschränkung zu machen, daß die AG. in Liquidation nur dann Uebernehmerin sein kann, wenn durch die Fusion der Liquidationszweck verfolgt wird. Die AG. in Liquidation als übertragende Gesellschaft kann immer fusionieren, da die Fusion doch die Auflösung der Gesellschaft zur Folge hat. Es muß rechtlich daher unerheblich sein, daß in einem solchen Falle die AG. schon aufgelöst ist.

---

[1]) So auch Zollikofer S. 44 Text u. Anm. 48.

[2]) Fick, Verschmelzung S. 10.

[3]) Haberstich S. 597; Zollikofer S. 44; Fick, Verschmelzung S. 10; Bachmann, Komm. Anm. 2, 3 u. 4 zu Art. 669 OR; Lardelli S. 125 ff.; Rossel III. S. 721.

[4]) So auch Lardelli S. 129/130.

[5]) Fick, Verschmelzung S. 10/11; Zollikofer S. 44/45.

[6]) Fick, Verschmelzung S. 10.

[7]) S. 44/45.

Eine in Konkurs befindliche AG. kann niemals Subjekt einer Fusion sein[8]). Zollikofer begründet diesen Standpunkt zutreffend damit, daß im Konkurs die Verfügungs- und Verwaltungsbefugnis auf die Konkursverwaltung übergegangen sind[9]). Diese wäre allerdings in der Lage, das Vermögen im Ganzen auf eine andere AG. zu übertragen, indessen könne in einem solchen Falle von einer Fusion nicht die Rede sein, da die Gegenleistung den Gläubigern und nicht den Aktionären der übertragenden Gesellschaft zufiele.

Eine nichtige AG. kann rechtsgültig fusionieren, da sie nach außen voll handlungsfähig ist[10]). Denn die Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister hat konstitutive Wirkung[11]). Wenn man nun aber der nichtigen AG. in jeder Beziehung völlige Handlungsfähigkeit nach außen zubilligen muß, so kann man nicht umhin, die gleichen Grundsätze auch auf den Fall der Fusion anzuwenden. Diese Stellungnahme, die im Interesse der Sicherheit im Rechtsverkehr unbedingt erforderlich erscheint, ist mit Rücksicht auf den öffentlichen Glauben des Handelsregisters wohl die einzig mögliche.

Der Revisionsentwurf überläßt die vorstehend behandelten Fragen auch weiterhin der Theorie und Praxis. Nur erwähnt Art. 759 (II. Entw.) den Fall, daß Aktiengesellschaften durch eine „neu zu gründende AG." übernommen werden. Damit ist festgelegt, daß mehrere AG. sich zu einer neu zu gründenden AG. vereinigen dürfen. Das ist der Fall der Kombination[12]). Keineswegs ist aber damit gesagt, daß e i n e erst in Gründung begriffene Gesellschaft e i n e andere Gesellschaft übernehmen darf, wie Boßhard[13]) annimmt. Zu erwähnen ist noch, daß der Revisionsentwurf in Art. 760 (II. Entw.) ausdrücklich die Uebernahme einer AG. durch eine KAG. zuläßt. Er bestimmt für diesen Fall, daß die persönlich haftenden Mitglieder der Verwaltung der KAG. Schuldner der Gläubiger der übertragenden AG. werden (Abs. 1). Im übrigen läßt er die Vorschriften betreffend Uebernahme durch eine AG. entsprechende Anwendung finden (Abs. 2).

b. nach ihrer Zahl.

Die Frage, ob nur zwei oder beliebig viele AG. eine Fusion miteinander eingehen können, ist heute noch nicht völlig geklärt. Das Bundesgericht spricht in einem Entscheide aus dem Jahre 1899[14]) von der „Fusion mehrerer AG.", die auf zweierlei Weise stattfinden können, entweder so, „daß a l l e Gesellschaften sich auflösen und zu einer neuen Gesellschaft vereinigen, oder so, daß die eine Gesellschaft die a n d e r n mit dem gesamten Vermögen und den

[8]) Fick, Verschmelzung S. 10; Zollikofer S. 45.
[9]) Curti S. 311.
[10]) Zollikofer S. 45 ff.
[11]) Bachmann, Komm. Anm. 1 Abs. 2 zu Art. 623 OR.
[12]) siehe unten Kap. A. I. 2.
[13]) Boßhard S. 14.
[14]) EBG. 25 II 135 Erw. 5.

Mitgliedern in sich aufnimmt". Dieser Auffassung steht der Wortlaut des Gesetzes entgegen. Art. 669 OR. sagt ausdrücklich: „Bei Auflösung einer AG. durch Vereinigung derselben mit einer anderen AG." In diesem Falle ist wohl dem klaren Wortlaut des Gesetzes vor der — in diesem Punkte unbegründeten — Entscheidung des Bundesgerichts der Vorzug zu geben.

Für das deutsche Recht redet der § 305 HGB. eine nicht minder klare Sprache. In beiden Rechten muß man daher annehmen, daß nur eine Fusion zwischen zwei AG. möglich ist.

Als Rechtsgrund für diese Beschränkung kann man wohl mit Boßhard[15]) annehmen, „daß die Fusion ein Vorgang so intimer Natur ist, daß eine Beteiligung mehrerer Gesellschaften zu gleicher Zeit mit der Eigenart dieses Rechtsvorganges unvereinbar erscheint". Sollen mehrere Gesellschaften fusionieren, so kann das nur nacheinander geschehen. Bei einer größeren Anzahl von Gesellschaften läßt sich die Schwierigkeit praktisch dadurch herabsetzen, daß die einzelnen Gesellschaften erst paarweise fusionieren, und daß dann die bereits fusionierten Gesellschaften wiederum eine Fusion eingehen.

Der Revisionsentwurf bringt in diesem Punkte eine Aenderung. Im Art. 759 des II. Entw. ist jetzt von „mehreren AG." und von dem Vermögen „der bisherigen Gesellschaften" die Rede. Damit soll die zahlenmäßige Beschränkung in Fortfall kommen.

2. Die Art der Vereinigung (Annexion oder Kombination).

Daß eine Fusion im Sinne des Gesetzes gegeben ist, wenn eine AG. eine andere aufnimmt (Annexion), leugnet wohl niemand. Dagegen herrscht Streit über die Frage, ob eine Fusion im Sinne des Art. 669 OR. vorliegt, wenn sich zwei AG. auflösen und zu einer neuen AG. vereinigen (Kombination)[16], oder ob dieser Fall nicht vielmehr einfach nach den Bestimmungen über Auflösung von Gesellschaften (Art. 664 ff.) und Neugründung zu behandeln ist.

Das Gesetz erwähnt den Fall mit keiner Silbe. Da nun grundsätzliche Bedenken nicht bestehen, insbesondere eine Zulässigkeitserklärung der genannten Fusionsart in keiner Weise gegen Grundsätze des schweizer Aktienrechts verstößt, muß man diese Fusionsart für zulässig erklären. Art. 669 OR. befaßt sich lediglich mit den gesetzlichen Folgen der Fusion. Mit der Feststellung, daß bei einer Vereinigung zweier AG. zu einer dritten diese Vorschriften nicht verletzt werden, ist auch die Zulässigkeit dieser Vereinigungsart zu bejahen. Auch Zollikofer[17]) äußert sich in diesem Sinne und nimmt Fusion immer an, wenn die Liquidation der aufzuneh-

---

[15]) Boßhard S. 9.

[16]) Die Ausdrücke „Annexion" und „Kombination" sind dem Komm. von Bachmann Anm. 1 Abs. 1 zu Art. 669 OR. entnommen. Bachmann hat sie wohl zuerst geprägt in „Sonderrechte" S. 69/70.

[17]) Zollikofer S. 26 ff.

menden Gesellschaft unterbleibt[18]). Boßhard[19]) kommt ebenfalls zu diesem Ergebnis mit ähnlicher Begründung. Er beruft sich auf den Grundsatz der Vertragsfreiheit, nach welchem die Art der Fusion ganz unter dem Willen der Kontrahenten stehe. Auch Curti[20]) läßt beide Arten der Fusion zu. Hafner[21]) entscheidet sich — mit Bedenken — im gleichen Sinne. Zu dieser Lösung kommt auch Fick[22]) nach sehr ausführlicher Behandlung der Frage. Rossel[23]) spricht sogar von dieser Art der Vereinigung als der „fusion proprement dite". Daneben läßt er aber doch die Fusion durch Annexion zu.

Schließlich erklärt auch noch das Bundesgericht beide Fälle der Vereinigung für zulässig[24]). Es sagt, daß die Fusion auf zweierlei Weise stattfinden könne. Einmal könnten sich alle Gesellschaften auflösen und sich zu einer neuen Gesellschaft vereinigen, dann könne auch eine Gesellschaft die andern mit dem gesamten Vermögen und den Mitgliedern in sich aufnehmen. Im ersteren Falle gingen alle Gesellschaften unter, während an ihre Stelle ein neues Rechtssubjekt trete; im anderen Falle höre nur die übertragende AG. zu existieren auf, während die übernehmende AG. nur die wirtschaftliche Struktur verändere, häufig unter Aenderung der Firma. Daß die Fusion systematisch unter dem Titel „Auflösung" stehe, rechtfertige sich schon dadurch, daß bei der Fusion sich wenigstens eine Gesellschaft auflöse. Zu dieser Auffassung ist zu bemerken, daß gerade die Vorschriften über die Fusion völlig dem Schutz der Gläubiger der sich auflösenden AG. dienen. Daraus muß sich notwendigerweise ergeben, daß der Gesetzgeber auch dem System nach die Fusion vom Standpunkt der sich auflösenden Gesellschaft behandelt. Die Auflösung e i n e r Gesellschaft rechtfertigt den Standpunkt aber hinreichend. Nach den weiteren Ausführungen des Bundesgerichts läßt sich auch nicht im Sinne einer Auflösung b e i d e r Gesellschaften für den Fall der Annexion die Aenderung des Ausdrucks „andere" Gesellschaft im Art. 247 Ziff. 2 a. d. HGB. in „neue" Gesellschaft in Art. 669 Ziff. 2 OR. deuten. Falls diese Aenderung sachlich überhaupt von Bedeutung sei, so habe jedenfalls nur die für das a. d. HGB. herrschende Ansicht, daß nur die Fusion durch Annexion möglich sei, eine Ablehnung erfahren.

Lardelli[25]) vertritt den entgegengesetzten Standpunkt unter Berufung auf das deutsche und österreichische Handelsrecht. Insbesondere will er nicht den Ausdruck „neue" Gesellschaft in Art. 669 Ziff. 2 OR. im Sinne der Kombination ausgelegt wissen. Im Er-

[18]) Im Ergebnis auch Henze, S. 11, der sich Zollikofer anschließt.
[19]) Boßhard S. 8/9.
[20]) Curti S. 309.
[21]) Komm. zum OR. Anm. 4 zu Art. 669 OR.
[22]) Fick, Verschmelzung S. 5 ff.
[23]) Manuel III. S. 719.
[24]) EBG. 25 II., 135/136 Erw. 5.
[25]) Lardelli S. 124/25.

gebnis tritt er für eine „regelrechte Liquidation" ein, die allerdings dadurch abgekürzt werde, daß das Vermögen in seiner Gesamtheit von der neuen Gesellschaft übernommen werde. Die von Lardelli angeführte Abkürzung ist also nur eine rein tatsächliche und nicht etwa eine rechtliche. Lardelli lehnt damit die Kombination rundweg ab. Auch Rehfous[26]) spricht sich gegen die Kombination aus.

Bachmann[27]) sagt, daß das Gesetz nur den Fall der Annexion geregelt habe. Für die Kombination weist er praktisch den Weg der Neugründung einer Gesellschaft, die dann die anderen Gesellschaften aufnimmt. Bezüglich der Annexion beruft er sich dafür, daß die aufnehmende Gesellschaft fortbestehe, während die übertragende rechtlich untergehe, auf EBG. 25 II, 135. Die übrige Stellungnahme des zitierten Urteils läßt er ohne jede Erwähnung. Schließlich ist Haberstich[28]) als Verfechter des Ausschlusses der Kombination zu erwähnen. In der deutschen und österreichischen Theorie findet er eine starke Stütze. So fassen Ring[29]), Staub[30]) und dementsprechend auch Staub-Pisko[31]) unter Fusion nur die Annexion auf. Auch Wiener[32]) und Petersen und v. Pechmann[33]) vertreten diese Ansicht.

Trotzdem muß aus den oben erwähnten Gründen bei der weiteren Auffassung verblieben werden, zumal ein dringendes Bedürfnis der Praxis sich nicht leugnen läßt. So hat denn auch die Praxis die Kombination nach den Bestimmungen der Fusion zugelassen[34]). Im Falle der Kombination haben sämtliche sich auflösenden Gesellschaften der neuen Gesellschaft gegenüber die gleiche Stellung wie bei der Annexion die übertragende Gesellschaft gegenüber der aufnehmenden[35]).

Das deutsche Recht schließt durch genauere Fassung des § 305 HGB. die erörterte Streitfrage völlig aus. In § 305 HGB. ist von der Erhöhung des Grundkapitals der übernehmenden Gesellschaft die Rede. Er setzt damit voraus, daß schon eine Gesellschaft existiert[36]).

Der Revisionsentwurf zum OR. macht das Aktienrecht um eine Streitfrage ärmer. Art. 759 II. Entw. bestimmt ausdrücklich, daß mehrere AG. durch eine neu zu gründende AG. in der Weise übernommen werden können, daß das Vermögen der bisherigen Gesellschaften ohne Liquidation in das Vermögen der neu zu gründenden AG. übergeht. Damit ist eine Regelung ausgesprochen, hinter der schon jetzt die Praxis und die herrschende Meinung stehen.

---

[26]) ZSR. 45 S. 625/26.
[27]) Komm. Anm. 1 zu Art. 669 OR.
[28]) Haberstich S. 597.
[29]) Ring Anm. 1 zu Art. 247 a. d. HGB.
[30]) Staub § 5 zu Art. 247 a. d. HGB.
[31]) Staub-Pisko § 5 zu Art. 247 a. d. HGB.
[32]) Z. f. HR. S. 370.
[33]) S. 591.
[34]) z. B. 1912 die Fusion der Bank in Winterthur und der Toggenburger Bank zur Firma „Schweizerische Bankgesellschaft".
[35]) so auch Fick, Verschmelzung S. 10.
[36]) siehe Fischer in Ehrenberg's Handbuch III, 1 S. 415 ff.

II. Leistung und Gegenleistung.

1. Die Uebertragung des Vermögens.

a. Der Begriff des Vermögens.

Begriffsnotwendig gehört zur Fusion die Vereinigung der Vermögen der fusionierenden Gesellschaften, und zwar durch Uebertragung des Vermögens der sich auflösenden auf die aufnehmende Gesellschaft. Art. 669 Ziff. 5 OR. redet nur von der Vereinigung des Vermögens, ohne den Begriff des Vermögens irgendwie zu bestimmen. Im übrigen läßt sich in Ermangelung einer rechtlichen Umgrenzung der Begriff nur wirtschaftlich erfassen. Art. 181 OR. läßt indessen keinen Zweifel darüber, daß Aktiva und Passiva einbegriffen sind. Daß aus diesem Gesichtspunkte auch die Chancen zum Vermögen zu rechnen sind, ist selbstverständlich, obschon diese rechtlich sehr schwierig zu erfassen sind, da sie weder zu den Sachen noch zu den Rechten gehören. Unter Chancen ist zu verstehen: Günstige Produktions- und Absatzmöglichkeit. Treadwell[37]) konstruiert bezüglich der Kundschaft ein Verpflichtungsgeschäft, durch welches der Veräußerer zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet werde, sodaß die Wahrscheinlichkeit bestehe, daß die Kunden den gleichen Verkehr mit dem Erwerber weiterführen wie mit dem Veräußerer[38]). Begreiflicherweise sind bei Fusionen gerade die Chancen oft ausschlaggebend, da diese häufig den größten wirtschaftlichen Wert haben.

Pisko[39]) will Handelsvermögen und Unternehmen (Handelsgeschäft) trennen und nur das Erstere zum Vermögen rechnen. Der Grund, warum er eine wirtschaftliche Einheit zerschlagen will, ist nicht ersichtlich. Er ist mit seiner Ansicht auch wohl allein geblieben. Ebenfalls ablehnend sprechen sich aus Zollikofer[40]) und Boßhard[41]). Beide berufen sich auf Sohm[42]), der Vermögenswert = wirtschaftlichen Geldwert setzt.

b. Die Art des Vermögensüberganges.

Die Frage, ob das Vermögen der sich auflösenden Gesellschaft im Wege der Singular- oder Universalsukzession auf die übernehmende Gesellschaft übergeht, ist praktisch von großer Bedeutung. Im ersteren Falle muß jeder Gegenstand und jedes zum Vermögen gehörige Recht durch besonderen Akt übertragen werden, und zwar nach den besonderen Vorschriften, die das Gesetz für die einzelne Uebertragung aufstellt. Bei der Universalsukzession dagegen gehen die einzelnen Gegenstände und Rechte durch einen Akt in ihrer Gesamtheit auf den Uebernehmer über. Der Erwerber tritt völlig

[37]) Treadwell S. 33 ff.
[38]) Ebenso Curti S. 188/89.
[39]) Pisko in Ehrenbergs Handbuch II, 1 S. 196 ff.
[40]) Zollikofer S. 12/13.
[41]) Boßhard S. 7.
[42]) ABR. Band 28, S. 180 ff.

in die Gesamtheit der Rechte und Pflichten des Uebertragenden ein (successio in universum ius). Er bekommt die Rechte in derselben Qualität, also auch mit denselben Mängeln, wie sie der Vorgänger innegehabt hat. Es findet in aller Strenge der Grundsatz Anwendung: „nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet." Gänzlich anders ist die Rechtslage bei der Singularsukzession. Für den Erwerb kommen die Grundsätze zur Anwendung, die das Gesetz für die einzelnen Objekte der Uebertragung besonders aufgestellt hat, z. B. bei beweglichen Sachen die Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb (ZGB. Art. 714). In einem solchen Falle könnte der Erwerber ein Recht, z. B. das Eigentumsrecht, übertragen bekommen, welches der Uebertragende selbst nicht gehabt hat.

Wenn das Gesetz auch bei der gewöhnlichen Uebertragung einer Sache durch ein Rechtssubjekt auf ein anderes diesen Grundsatz vom gutgläubigen Erwerb aus Gründen der Billigkeit und Sicherheit im Rechtsverkehr eingeführt hat, so liegt der Schwerpunkt dabei auf der Tatsache, daß die Subjekte der Uebertragung völlige Eigenexistenz haben. Bei der Fusion führt dagegen die Anwendung des Grundsatzes praktisch zu völlig unbrauchbaren Ergebnissen, da sich beide Subjekte vereinigen. In den Fällen, in denen die übernehmende Gesellschaft gutgläubig Sachen erwerben würde, an welchen die übertragende Gesellschaft kein Eigentum hat, bekämen die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft einen wirtschaftlichen Vorteil, da sie doch Aktionäre der übernehmenden AG. werden[43]). An dieser Tatsache ändert auch der Umstand nichts, daß die Uebernehmerin den geschädigten Dritten haftet[44]). Darf nun auch durch den Wert oder Unwert der praktischen Folgen die Gesetzesauslegung nicht allein bestimmt werden, so sind diese Momente doch neben allen anderen zu berücksichtigen.

Art. 669 OR. sagt über die Art der Sukzession nichts. Aus dieser Tatsache will nun Zollikofer[45]) und auch Oberer[46]) folgern, daß Singularsukzession platzgreife, da der Gesetzgeber die besonderen Folgen der Universalsukzession ausdrücklich hätte aussprechen müssen, wie es im Erbrecht (ZBG. Art. 560) geschehen ist. Ebenfalls tritt Boßhard[47]) für Singularsukzession ein. Weiter auch Treadwell[48]) und Hasler[49]), die sich zwar nicht besonders über die Fusion, sondern über die grundsätzlichen Fragen der Universalsukzession im allgemeinen verbreiten.

Zollikofer[50]) gibt allerdings zu, daß in der Wirkung die Annahme einer Universalsukzession die Folgen des Art. 669 OR. nicht

---

[43]) vgl. unten Kap. A. II. 2.
[44]) Zollikofer S. 35 mit zutr. Begründung.
[45]) Zollikofer S. 36.
[46]) ZSR. 41, S. 81/82.
[47]) Boßhard S. 43.
[48]) Treadwell S. 24.
[49]) Hasler S. 135.
[50]) Zollikofer S. 31.

vereiteln würde, da ja auch in dem Falle die getrennte Vermögensverwaltung durchgeführt werden könne.

Wenn Zollikofer[51] sich zur Begründung seines Standpunktes weiter darauf beruft, daß Art. 181 OR. die Art der Sukzession nicht regele, sich vielmehr auf die Haftungsfrage beschränke, so ist das vollkommen richtig. Zugunsten seiner Auffassung kann er daraus jedoch keine Konsequenzen ziehen[52]). Zollikofer[53]) führt auch selbst den Unterschied der Uebernahme eines Vermögens oder Geschäftes gegenüber der Fusion dahin aus, daß im Falle des Art. 181 OR. der bisherige Schuldner weiter haftet, während bei der Fusion die Uebertragerin mit der Uebertragung ihre Existenz verliert. Gerade wegen dieses grundlegenden Unterschiedes kann aber die Behandlung der Fälle nicht die gleiche sein. Fick[54]) sagt, daß der wirtschaftliche und rechtliche Tod der ihre Aktiven und Passiven übertragenden AG. eine Analogie der Erbfolge, der Theorie der Universalsukzession, auf der Aktiven- und Passivenseite erfordere.

Daß die Passiven in ihrer Gesamtheit auf die Uebernehmerin übergehen, wird von keiner Seite bestritten. Die Uebernahme der Aktiven bewirkt automatisch die Uebernahme der Schulden. Auf der Passivenseite besteht demnach unbestritten Gesamtrechtsnachfolge. Berücksichtigt man zu dieser Tatsache noch den letzthin erwähnten Unterschied der Fusion gegenüber der Vermögens- oder Geschäftsübernahme, so muß man zu dem Schluß kommen, daß auch auf der Aktivenseite das Entsprechende zu gelten hat[55]).

Die Ansicht, daß das Vermögen durch Universalsukzession auf die Uebernehmerin übergehe, kann auch wohl als herrschende Meinung bezeichnet werden[56]).

Mit dieser Stellungnahme ist auch gleichzeitig die Frage, ob die Fusion Fälligkeit oder Kündbarkeit an sich noch nicht fälliger oder kündbarer Verbindlichkeiten zur Folge habe, im verneinenden Sinne entschieden[57]).

Einer besonderen Erwähnung bedarf wohl nur noch der Eigentumsübergang an Grundstücken. Nach Treadwell[58]) müssen die besonderen Formen der Uebertragung des Eigentums an Grundstücken eingehalten werden, da unter den Ausnahmen, die Tread-

[51]) Zollikofer S. 32.
[52]) so auch Fick, Verschmelzung S. 32.
[53]) Zollikofer S. 79.
[54]) Fick, Verschmelzung S. 32.
[55]) Fick, Verschmelzung S. 32.
[56]) Staub-Pisko § 6 zu Art. 247; Vogt S. 39; Rehfous ZSR. 45, S. 625; Fick, Verschmelzung S. 31; Bachmann, Sonderrechte S. 70 und Komm. Anm. 5 Abs. 1 zu Art. 669 OR.: Wie beim Erben ist keine Zufertigung, keine Uebergabe, keine Zession, keine Indossierung der Ordrepapiere notwendig; Henze S. 11/12; EBG. 25 II S. 135; Entscheidung des Bundesgerichts in ZBJV. 41, S. 599.
[57]) Oberer in ZSR. 41, S. 76/78; Huber S. 23/25; Laband S. 36/37; Lardelli S. 111; RGZ. 9 S. 11 ff.
[58]) Treadwell S. 37.

well aufzählt (Erbfall, Zusprechung des Eigentums an Grundstücken u. a.), die Fusion nicht genannt ist. Die Begründung Treadwells für die Ausnahme im Erbrecht ist folgende: „Im Erbrecht muß dagegen eine Ausnahme gemacht werden, welche selbstverständlich ist, da ja der „Tradent" der tote Erblasser ist (ZGB. Art. 560)."

Fick[59]) bemerkt zu dieser Auffassung richtig, daß bei der Fusion Rechtsgeschäft unter Lebenden und Aufhören der juristischen Persönlichkeit der Tradenten (ähnlich dem Tode einer physischen Person) zusammenfallen. Aus diesem Grunde treffe keiner der Gesichtspunkte völlig zu. Er kommt auf Grund der Erwägungen zu dem Ergebnis, daß an dem Erfordernis der Eintragung in das Grundbuch (ZGB. Art. 656 I) festzuhalten ist, aber nur in dem Sinne, daß mit der Eintragung erst die Verfügungsberechtigung erworben wird (ZGB. Art. 656 II), daß man dagegen „den im Fusionsvertrag enthaltenen Kaufvertrag über das Grundstück" als Erwerbsgrund ansieht, der dem Erwerber einen klagbaren persönlichen Anspruch auf Eintragung gegen den Eigentümer gibt. M. E. muß man folgerichtig annehmen, daß auch das Eigentum an Grundstücken ohne jede Einschränkung im Wege der Gesamtnachfolge übergeht.

Trotz des deutschen Vorbildes (§§ 306 I und 304 V HGB.) bringt der Revisionsentwurf keine Klärung der Frage. Aus dieser Tatsache ist aber wohl zu folgern, daß er mit der herrschenden Meinung Universalsukzession annimmt. Die Art. 758, 759 und 760 (II. Entw.) haben zwar an die Stelle des Wortes „Vereinigung" das Wort „Uebernahme" gesetzt, zugunsten der einen oder anderen Auffassung kann man jedoch daraus nichts folgern. Es ist wohl nur die Einverleibung damit schärfer zum Ausdruck gebracht. Für den Fall der Verstaatlichung bestimmt Art. 761 III: „Mit der Eintragung dieses Beschlusses ist der Uebergang des Vermögens der Gesellschaft mit Einschluß der Schulden vollzogen." Weiter sagt Abs. 4: „Handelt es sich um Uebertragung von Grundstücken, so wird die Eintragung des Beschlusses einem gerichtlichen Urteil gleichgestellt." Damit besagt diese Vorschrift, daß mit der Eintragung des Beschlusses das Eigentum an dem Grundstück übergeht, da ein gerichtliches Urteil schon mit der Rechtskraft Eigentumsübergang bewirkt (ZGB. Art. 656). In Absatz III ist die Universalsukzession deutlich ausgesprochen. Die Frage, ob diese Bestimmungen ausdrücklich nur für die Verstaatlichung (die übrigens im geltenden OR. nicht besonders behandelt ist) vorgesehen ist, oder ob ein Fehler in der Systematik vorliegt, ist kaum zu lösen. Jedenfalls hätte der Revisionsentwurf es klar zum Ausdruck bringen müssen, wenn er von der herrschenden Meinung, besonders aber von der Rechtsprechung des Bundesgerichts, hätte abweichen wollen. Es muß daher auch für den Revisionsentwurf an der oben dargelegten Meinung festgehalten werden.

---

[59]) Verschmelzung S. 33.

2. Die Gegenleistung für die Vermögensübertragung.

Ueber die Art der Gegenleistung sagt der Wortlaut des Art. 669 OR. nichts. Die herrschende Meinung geht dahin, daß die Gewährung von Aktien als Gegenwert für die Fusion wesentlich sei[60]).

Diese Ansicht stützt sich besonders darauf, daß Art. 669 OR. auf Art. 247 und 215 a .d. HGB. zurückgeht, die ausdrücklich die Gewährung von Aktien fordern. Auch für das österreichische Recht muß dieser Standpunkt als herrschend bezeichnet werden[61]). Ebenfalls ist § 305 HGB. ihm treu geblieben[62]).

Bachmann räumt allerdings dem Aktionär der untergegangenen Gesellschaft, wenn er nicht Aktionär der aufnehmenden Gesellschaft werden will, das Recht ein, Barabfindung zu verlangen. Er begründet das damit, daß kein Aktionär der übertragenden Gesellschaft gezwungen werden könne, Aktionär der neuen Gesellschaft zu werden, wenn die Statuten keine ausdrückliche Bestimmung darüber enthielten[63]). Es sei aber unbedingt erforderlich, daß von der Aktionärgesamtheit keine Baraufwendungen gemacht werden müßten, daß vielmehr das gesamte aufzunehmende Kapital gegen Aktien umgetauscht werde[64]). Bachmanns Ansicht ist wohl nicht ganz frei von Widerspruch, da nicht ersichtlich ist, wie das Erfordernis, daß keine Baraufwendungen gemacht werden dürfen, gewahrt werden soll, wenn doch jedem Aktionär das Recht zustehen soll, Barabfindung zu verlangen.

Der herrschenden Meinung treten Boßhard und Zollikofer mit folgenden Begründungen entgegen. Boßhard[65]) führt aus, daß eben wegen des Fehlens der ausdrücklichen Bestimmungen von einem zwangsweise durchgeführten Umtausch nicht die Rede sein könne, „weil dieser eine Verletzung des Grundsatzes der individuellen Willens- und Handlungsfreiheit bedeuten würde." Zollikofer[66]) will seinen Standpunkt allein aus dem Wortlaut begründen und folgert seine Auffassung aus der Tatsache, daß der Gesetzgeber nicht mit ausdrücklichen Worten die Gewährung von Aktien vorschreibt. So sagt er: „Wenn der Gesetzgeber etwas will, so spricht er es aus."[67]). „Kein Begriffsmerkmal ist Aktiengewährung als Gegenwert; denn zulässig ist auch Geld oder beides."[68]).

Am weitesten entfernt von der herrschenden Meinung ist Schneider[69]), der Fusion dann nicht annehmen will, wenn eine AG. durch

---

[60]) Fick, Verschmelzung S. 4; Lardelli S. 125; Bachmann, Komm. Anm. 5 zu Art. 669 OR.; Haberstich S. 478.
[61]) Staub-Pisko, § 4 zu Art. 247.
[62]) Fischer, in Ehrenbergs Handbuch III 1 S. 417.
[63]) Bachmann, Komm. Anm. 6 zu Art. 669 OR.
[64]) Bachmann, Komm. Anm. 5 Abs. 2 zu Art. 669 OR.
[65]) Boßhard S. 45/46.
[66]) Zollikofer S. 19.
[67]) Zollikofer S. 19.
[68]) Zollikofer S. 21.
[69]) In Schneider und Fick Anm. 3 zu Art. 627 OR.

Uebertragung der Aktiven und Passiven an eine andere AG. gegen Gewährung von Aktien der aufnehmenden Gesellschaft aufgelöst werde.

Die Streitfrage ist nur zu lösen, wenn man dem Wesen der Fusion nachgeht. Vortreffliche Ausführungen macht Fischer[70]), den man auch für das schweizer Recht wohl anführen kann, da doch die Grundlagen für das OR. und HGB. die gleichen sind. Nach Fischer[71]) muß man die Fusion als ein „Geschäft des Korporationsrechtes" bezeichnen. Aus diesem Grunde ist sie streng von dem Kauf einer AG. zu scheiden. Es wäre auch wirklich nicht einzusehen, warum gerade der Kauf einer AG. durch eine andere Sonderregeln erfordert hätte. Mit gleichem Recht müßte man für die Vereinigung anderer — ebenfalls gleichartiger — Unternehmungen ähnliche Regeln verlangen. Der Gesetzgeber hat aber gerade dem bei der AG. am stärksten vorliegenden Bedürfnis Rechnung tragen wollen, sich zu vereinigen. Dabei hat er sicherlich den Normalfall unterstellt, daß die Aktionäre der übertragenden AG. Aktionäre der übernehmenden werden wollen. Man muß davon ausgehen, daß bei sämtlichen Fusionen der Zweck die Hebung des Geschäftes ist. Die Gesellschafter beider AG. erhoffen von der Fusion eine höhere Dividende und haben darum keinen Grund, ihre Mitgliedschaft aufzugeben. Weiter ist zu bedenken, daß die Bestimmungen über die Fusion eine Erleichterung bedeuten, die gerade den Aktionären zugute kommen soll. Wollte man aber den Kauf der AG. für zulässig erklären, so würde damit nur der Konzentration der Unternehmungen gedient, an welcher der Gesetzgeber nur bis zu einem gewissen Grade Interesse haben kann. Nach allem muß also an dem Erfordernis der Gewährung der Gegenleistung in Aktien festgehalten werden. Diesem Ergebnis kann man auch nicht entgegenhalten, daß es die individuelle Willens- und Handlungsfreiheit verletze. Jeder, der Aktionär einer Gesellschaft werden will, kann und muß von vornherein damit rechnen, daß seine Gesellschaft einmal eine Fusion eingeht. Wer diese eventuellen Folgen vermeiden will, muß eben kein Aktionär werden!

Freilich läßt sich dieses Prinzip nun nicht überspannen. Es können sich natürlich Möglichkeiten ergeben, die eine Durchführung des Grundsatzes bis zum Letzten nicht erlauben. Besonders wird in manchen Fällen die Verhältnisbewertung der alten und neuen Aktien eine Barausgleichung der „Spitzen" erfordern[72]). Wie Fick[73]) dazu richtig bemerkt, ist zwar der Grund, den Fischer anführt (Prinzip der 1000-Mark-Aktie), für das schweizer Recht nicht zutreffend, sodaß man Aktien mit ganz willkürlichem Nennwert schaffen könnte; immerhin ist aber doch aus verkehrstechnischen Gründen auf Abrundung der Nennwerte Rücksicht zu nehmen. Fi-

---

[70]) Fischer in Ehrenbergs Handbuch S. 416 ff.
[71]) a. a. O. S. 417.
[72]) Fischer a. a. O. S. 416/17.
[73]) Verschmelzung S. 12.

scher[74]) folgert die Zulässigkeit dieser Ausnahme daraus, daß die Fusion zunächst vom Gewohnheitsrecht geschaffen und dann vom Gesetz anerkannt sei. Daraus ergebe sich, daß das Gesetz die Fusion so anerkenne, wie sie sich gewohnheitsrechtlich entwickelt habe.

Auf der anderen Seite ist es dagegen unzulässig, an die Barabfindung größere Konzessionen zu machen, als unbedingt erforderlich. So ist auch ein Wahlrecht zwischen Abfindung in Aktien und in Geld unzulässig, selbst wenn alle Aktionäre sich für Aktien entscheiden[75]). Ebenso liegt eine Fusion nicht vor, wenn eine AG. gegen alte Aktien (d. h. ohne Erhöhung des Grundkapitals) eine andere AG. aufnimmt. In einem solchen Falle muß Kauf angenommen werden, da die Gesellschaft zuvor die Aktien durch individualrechtliches Geschäft von ihren Mitgliedern erworben hat, folglich auch das folgende Geschäft nur „individual — nicht körperschaftsrechtlicher Natur" sein kann[76]).

Der Revisionsentwurf schafft keine Klarheit in der Frage der Abfindung. Allerdings sagt Art. 758 Ziff. 5 (II. Entw.): „Nach Eintragung der Auflösung werden die zur Abfindung gewährten Aktien der übernehmenden Gesellschaft den Aktionären der aufgelösten Gesellschaft nach Maßgabe des Fusionsvertrags ausgehändigt." Dem Wortlaut nach ist damit nur der Zeitpunkt der Auslieferung festgegelegt. M. E. geht aber doch auch daraus hervor, daß der Gesetzgeber auf dem hier vertretenen Standpunkt steht. Warum hat er denn nicht bestimmt, wann andere Leistungen als Aktien zu erfolgen haben? Warum erwähnt er ausdrücklich nur Aktien?

Auch im Art. 759 finden sich Anhaltspunkte für die Stellung des Revisionsentwurfes. Absatz1, der eigentlich die Gegenleistung bestimmen müßte, da er die Definition enthält, schweigt darüber. Indessen sagt Ziff. 4: „Die Aktien der neuen Gesellschaft werden, nachdem die Genehmigungsbeschlüsse erfolgt sind, und die neue Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen ist, nach Maßgabe des Fusionsvertrages an die alten Gesellschaften und von diesen gegen Ablieferung der alten Aktien an deren Aktionäre ausgehändigt." Es läßt sich nicht leugnen, daß diese Bestimmung ebenfalls für die Beschränkung der Gegenleistung auf Aktien spricht, besonders die Fassung: „D i e Aktien werden ausgehändigt."

---

[74]) a. a. O. S. 417.

[75]) so Fick S. 12; Staub-Pisko § 4 zu Art. 247; Staub Komm. a. d. HGB. ebenda; Fischer a. a. O. S. 416; a. M. RGZ. 9 S.19/20 ROHG. 14 S. 361 ff.; Behrend § 141 Anm. 2.

[76]) So Fischer a. a. O. S. 417/18; Staub-Pisko § 6 zu Art. 247; Fischer folgend auch Fick, Verschmelzung S. 13; a. M. Bachmann, Komm. Anm. 5 Absatz 2 zu Art. 669 OR. u. Zollikofer S. 61.

B. Die Fusion in ihrem Verlauf.

I. Der Fusionsvertrag.

1. Die Vorbereitung des Vertrages.

Als Einleitung des Fusionsverfahrens müssen zunächst einmal die beiden Gesellschaften, die fusionieren wollen, miteinander in Verbindung treten und durch ihre Verwaltungen Vorbesprechungen führen. Das Ergebnis der Verhandlungen wird in einem Vertragsentwurf formuliert. Dieser Entwurf muß materiell alles enthalten, was Gegenstand des Fusionsvertrages werden soll[1]). Jedoch werden durch ihn für die Gesellschaften noch keinerlei rechtliche Bindungen herbeigeführt. Wie Fick[2]) sich ausdrückt, hat er den „Charakter eines beidseitig unter Vorbehalt der Genehmigung abgeschlossenen Vertrages.". Andererseits kann man nicht sagen, daß er rechtlich jeder Wirkung entbehre. Man geht wohl nicht fehl, wenn man mit Fick[3]) eine Verpflichtung der beiden Verwaltungsräte annimmt, die dahin geht, daß sie ihren Generalversammlungen den Entwurf zur Beschlußfassung vorzulegen haben.

Für den Abschluß des Fusionsvertrages ist gemäß Art. 644 Abs. 3 Ziff. 2, 664 Abs. 1 Ziff. 2, 627 OR. allein die Generalversammlung zuständig. Diese Vorschrift ist zwingendes Recht. Die Verwaltungen können daher auch keinen Vorvertrag im Sinne des Art. 22 OR. abschließen, durch welchen beiderseits die Verpflichtung zum Abschluß eines zukünftigen Vertrages übernommen würde. Die Bedeutung des Vertragsentwurfs liegt lediglich darin, daß er die Grundlage für die Generalversammlungsbeschlüsse und damit auch für den Fusionsvertrag bildet.

2. Die Beschlüsse der Generalversammlungen.

a. Gemeinsames der Beschlüsse.

Haben die Verhandlungen der Verwaltungen der beiden AG. zu einem Vertragsentwurf geführt, dann ist es Sache der Generalversammlung, die das oberste Organ der AG. ist (643 OR.), über die Fusion Beschluß zu fassen. Die Einberufung der Generalversammlung erfolgt gemäß Art. 644 Abs. 1, 645 OR. durch die Verwaltung oder Kontrollstelle auf Grund eigener Initiative oder auf Verlangen einer Minderheit von Aktionären. Die Aktionäre, welche die Berufung betreiben, müssen $^1/_{10}$ des Grundkapitals vertreten und ihr Gesuch auf Berufung, aus dem sich auch der Zweck derselben

[1]) vgl. unten Kap. B. I. 2 u. 3.
[2]) Fick, Verschmelzung S. 23.
[3]) a. a. O. S. 23.

ergibt, an die vorerwähnten, zur Berufung berechtigten Organe richten. Welche Möglichkeiten sich den Aktionären bieten, falls das angegangene Organ die Berufung ablehnt, sagt das Gesetz nicht. Mit Zollikofer[4]), Rehfous[5]) und Bachmann[6]) muß man jedoch annehmen, daß die Aktionäre auf Einberufung der Versammlung klagen können.

Im übrigen sind bei der Einberufung die durch Gesetz (646 OR.) und Statut aufgestellten Bestimmungen über Frist, Form und Inhalt der Bekanntmachung und Ort der Tagung zu beobachten. Ueber den Verlauf der Versammlung ist eine öffentliche Urkunde aufzunehmen. In dieser Beziehung hat die Aktiennovelle vom 8. Juli 1919 die Neuerung gebracht, daß die Urkundsperson der Beschlußfassung persönlich beiwohnen muß[7]).

Die Beschlußfähigkeit der Versammlung richtet sich nach Gesetz und Statut, ebenfalls die Stimmenmehrheit. Die Errfordernisse der Beschlußfähigkeit sind verschieden je nachdem, ob es sich um den Beschluß der übertragenden oder der übernehmenden AG. handelt.

Das Stimmrecht der einzelnen Aktionäre hat eine allgemeine (natürlich auch auf die Fusionsbeschlüsse zutreffende) Regelung erfahren, die den kleinen Aktionär gegenüber dem Großaktionär in Schutz nimmt. Das Mittel ist einerseits die Beschränkung der Stimmenzahl der Großaktionäre, andererseits die Bestimmung, daß jeder Aktionär mindestens eine Stimme haben muß (Art. 640 OR.). Diese Schutzvorschriften des Kleinaktionärs sind zwingend. Unter Beobachtung derselben kann natürlich das Statut weitere Bestimmungen aufstellen.

Gemäß Art. 640 II OR. darf kein Aktionär mehr als den fünften Teil aller vertretenen Stimmen in sich vereinigen. Diese Vorschrift hat sicher nicht den beabsichtigten Erfolg. Darüber herrscht in der Literatur auch wohl Einigkeit[8]). Zollikofer[9]) führt zutreffend aus, daß der Zweck der Bestimmung nicht erreicht werde, „in den Fällen, die ein Maximum des vom Gesetzgeber bekämpften Uebergewichts darstellen.". Er gibt auch ein Beispiel für diesen Fall[10]). Die Unzulänglichkeit des Art. 640 II ist so sinnfällig, daß er keine Existenzberechtigung mehr hat. Im Revisionsentwurf zum OR. ist demgemäß der Abs. II nicht wieder aufgeführt[11]).

---

[4]) Zollikofer S. 54.
[5]) Rehfous in ZSR. 45 S. 596.
[6]) Bachmann, Komm. Anm. 4 zu Art. 645 OR.
[7]) ASsB. Bd .35 S. 528 Ziff. 5.
[8]) Bachmann, Komm. Anm. 6 zu Art. 640 OR.; Zollikofer S. 55; Boßhard S. 22; Rossel S. 696; Schneider in ZSR. 34 S. 1 ff.; v. Waldkirch ebenda S. 315.
[9]) a. a. O.
[10]) Zollikofer S. 55.
[11]) vgl. Art. 710 des II. Revisionsentwurfs.

Für das Zustandekommen des Beschlusses ist eine qualifizierte Mehrheit gesetzlich nicht erforderlich[12]). Es genügt also einfache Mehrheit (Art. 648 OR.). Die Statuten können freilich andere Regeln aufstellen. Ebenso wird die Form der Abstimmung und die Frage der Stellvertretung durch das Statut bestimmt[13]). Gemäß Art. 628 Abs. 5 dürfen die im Besitze der Gesellschaft befindlichen eigenen Aktien in der Generalversammlung nicht vertreten sein.

b. Die Besonderheiten der Generalversammlungsbeschlüsse.

a 1. Der Beschluß der übertragenden Gesellschaft.

Der Beschluß der übertragenden AG. muß zunächst, da die Fusion ihre Auflösung bedeutet, den Vorschriften des Art. 664 Ziff. 2 OR. entsprechen. Er muß also öffentlich beurkundet oder in einer Urkunde von sämtlichen Aktionären, die dem Beschluß zugestimmt haben, unterzeichnet werden. Die Urkunde muß auch Angaben über Frist und Form der Berufung, die Beschlußfähigkeit der Generalversammlung, das Abstimmungsergebnis und besonders den Beschluß selbst enthalten.

Weiter kommt für den Beschluß der übernehmenden AG. der Art. 627 OR. zur Anwendung, der für den Beschluß besondere Erfordernisse aufstellt, während Art. 664 OR. irgendeine Qualifizierung nicht vorsieht. Gemäß Art. 627 müssen in der Generalversammlung $^2/_3$ sämtlicher Aktien vertreten sein. Ist diese Voraussetzung erfüllt, so erfolgt die Beschlußfassung mit einfacher Mehrheit. Doch kann auch hier wiederum das Statut andere Bestimmungen aufstellen. Das Entscheidende bei Art. 627 ist, daß die Besonderheit in der Beschlußfähigkeit und nicht in der Beschlußfassung liegt. Ist die erste Versammlung nicht beschlußfähig, sind also die erforderlichen $^2/_3$ nicht erreicht, so kann eine zweite Versammlung auf einen mindestens 30 Tage späteren Termin einberufen werden. Diese ist dann beschlußfähig, wenn nur $^1/_3$ der Aktien anwesend sind. Ist auch dieses erforderliche Drittel nicht vertreten, so kommt der Fusionsbeschluß nicht zustande. Die Frage, ob noch eine dritte Versammlung unter den Bedingungen der zweiten den Beschluß fassen könne, ist zu verneinen[14]). Boßhard[15]) begründet diese Stellungnahme zutreffend damit, daß die Erleichterung der zweiten Generalversammlung als Ausnahmebestimmung von der qualifizierten Beschlußfähigkeit strikte anzuwenden sei und keine Uebertragung auf weitere Fälle zulasse. Ueberdies hätten die Aktionäre durch ihr Fernbleiben von den Versammlungen ihren Willen, in die Fusion nicht einzutreten, genügend dokumentiert.

Diese Lösung wird auch den praktischen Bedürfnissen durchaus gerecht, da zu jeder Zeit wieder eine Versammlung zur Beschluß-

[12]) anders das deutsche Recht (§ 303 HGB.).
[13]) Curti S. 292; Zollikofer S. 56.
[14]) so auch Zollikofer S. 58; Fick, Verschmelzung S. 19; Boßhard S. 27.
[15]) Boßhard S. 27.

fassung über die Fusion einberufen werden kann. Diese hat dann wieder als erste im Sinne des Art. 627 zu gelten.

Die Frage, ob in der Regelung des Art. 627 OR. eine Erleichterung[16]) oder eine Erschwerung[17]) zu erblicken ist, läßt sich nicht ohne genauere Fragestellung beantworten. Gegenüber dem Art. 664 I OR. enthält Art. 627 eine Erschwerung, aber gegenüber Art. 215 a. d. HGB. eine Erleichterung. Ebenfalls gegenüber den Bestimmungen des Abs. 1 und 3 des Art. 627 OR., daß wohlerworbene Rechte den Aktionären nicht durch Mehrheitsbeschluß entzogen werden können[18]), und daß der Minderheit durch die Mehrheit eine Umwandlung des Gesellschaftszweckes nicht aufgenötigt werden kann[19]), ist der Abs. 2 des Art. 627 als Erleichterung zu werten, die den Bedürfnissen des Wirtschaftslebens gerecht wird[20]). Auch bringen die Bestimmungen über die Fusion die Vorschriften des Art. 619 OR. über qualifizierte Gründungen und die strengeren Liquidationsvorschriften der Art. 666 und 667 OR. in Fortfall, worauf Fick[21]) zutreffend hinweist. Mir scheint somit, daß Fick[22]) Zollikofer nur mißverstanden hat.

Mit Recht ist die Frage aufgeworfen worden, ob auch eine Auflösung (also Fusion vom Standpunkt der übertragenden Gesellschaft) durch Mehrheitsbeschluß möglich ist, wenn im Statut eine bestimmte Dauer der AG. festgelegt und diese Zeit noch nicht abgelaufen ist. Die Antwort muß bejahend ausfallen. Wenn auch das Statut eine bestimmte Dauer der AG. vorsieht, so muß man doch annehmen, daß die Fusion rechtswirksam beschlossen werden kann, da durch die statutenmäßige Festlegung ein Sonderrecht der Aktionäre nicht begründet wird[23]).

Wie schon oben erwähnt, gilt Art. 627 OR. nur subsidiär. Darüber, daß das Statut erschwerende Bestimmungen aufstellen könne, herrscht kein Streit. Dagegen bestreitet Haberstich[24]) die Möglichkeit, daß das Statut erleichternde Bestimmungen festsetzt. Für diese Ansicht spricht die Tatsache, daß Art. 627 II OR. Ausnahmen von den zwingenden Vorschriften der Art. 619 und 627 I formuliert. Gegen diese Beschränkung spricht der Wortlaut des Art. 627 II: „Wenn die Statuten nicht etwas anderes bestimmen." Gegenüber dieser uneingeschränkten Formulierung muß das Gegenargument zurücktreten zugunsten der Ansicht, daß sowohl Erschwerung als auch Erleichterung zulässig ist[25]).

[16]) Fick, Verschmelzung S. 18.
[17]) Zollikofer S. 57; Boßhard S. 21.
[18]) Bachmann, Komm. Anm. 7 zu Art. 627 OR.
[19]) Bachmann, Komm. Anm. 7 zu Art. 627 OR.
[20]) Haberstich S. 478.
[21]) Fick, Verschmelzung S. 18/19.
[22]) Fick, Verschmelzung S. 18.
[23]) Bachmann, Sonderrechte S. 65; Sträuli in ZSR. 36 S. 22; Zollikofer S. 61.
[24]) Haberstich S. 522.
[25]) so Boßhard S. 27; Zollikofer S. 54 u. 58; Fick, Verschmelzung S. 19.

Zur Feststellung, ob der genehmigende Beschluß zustande gekommen ist, sind den vorstehenden Ausführungen gemäß folgende Feststellungen zu treffen: Man hat

1. die Zahl der vertretenen Aktien zu ermitteln,
2. die Beschlußfähigkeit der Versammlung festzustellen,
3. die Höchstzahl der einem Aktionär zustehenden Stimmen zu berechnen,
4. die gültig abgegebenen Stimmen zu zählen.

Bei der Ermittlung der in der Generalversammlung vertretenen Aktien sind sämtliche Aktien mitzuzählen, gleichgültig, ob sich deren Besitzer der Stimme enthalten oder ob sie gemäß Art. 640 II OR. oder nach besonderen Bestimmungen des Statuts wegen Ueberschreitung der Höchstgrenze nicht mitstimmen dürfen[26]). Zu dieser Berechnung bemerkt Zollikofer[27]) zutreffend, daß sie gegenüber den Tendenzen des Art. 640 OR. auf Beschränkung des Stimmrechts der Großaktionäre ein gewisses Gegengewicht bildet, da der vertretbare Maximalanteil mit der Zahl der vertretenen Stimmen wächst.

Wie oben bereits erwähnt, hat die Generalversammlung über Annahme oder Ablehnung des Vertragsentwurfs zu beschließen. Stimmt sie zu, so hat sie damit gleichzeitig ihre eigene Auflösung beschlossen, da das Vermögen, dessen gesamte Uebertragung nun beschlossen ist, wesentlicher Bestandteil der AG. ist. Ein besonderer Auflösungsbeschluß ist nicht mehr erforderlich[28]). Allerdings müssen aus diesem Grunde die für den Auflösungsbeschluß erforderlichen Formvorschriften beobachtet werden. Gemäß Art. 664 Abs. 1 Ziff. 2 ist daher der Beschluß öffentlich zu beurkunden oder von sämtlichen Aktionären, die dem Beschluß zugestimmt haben, zu unterzeichnen. Durch wen die öffentliche Beurkundung zu erfolgen hat, sagt das kantonale Recht. Gemäß Art 627 II OR. bedarf der Beschluß zur Gültigkeit der Eintragung in das Handelsregister. Weitere Ausführungen über den Zeitpunkt seiner Wirksamkeit enthält das Kapitel B. I. 3.

Bezüglich des Revisionsentwurfs ist zu bemerken, daß der Art. 664 II (II. Entw.), die im Art. 627 II OR. festgelegte Mindestfrist von 30 Tagen für die Einberufung der zweiten Versammlung auf 8 Tage herabsetzt.

b 1. Der Beschluß der übernehmenden Gesellschaft.

Bei der Untersuchung des Beschlusses der übernehmenden Gesellschaft ergibt sich zunächst die Frage, ob Art. 627 II auch für den Beschluß der übernehmenden Gesellschaft Anwendung findet. Art. 627 II OR. schreibt zwingend vor, daß für die Fusion ein Generalversammlungsbeschluß erforderlich ist. Ueber das Anwendungsgebiet des genannten Artikels sind die Meinungen geteilt. Richtiger Ansicht nach kann Art. 627 II OR. nur für die übertragende

[26]) Boßhard S. 27; Fick, Verschmelzung S. 20; Zollikofer S. 58.
[27]) Zollikofer S. 58.
[28]) Zollikofer S. 59; Bachmann, Komm. Anm. 2b zu Art. 664.

AG. gelten[29]). Aus dem Wortlaut läßt sich freilich diese Ansicht nicht herleiten, wohl aber aus dem Sinn des Artikels, besonders aus seiner Beziehung zu Art. 669, der die Fusion gänzlich vom Standpunkt der sich auflösenden Gesellschaft betrachtet. Daß Art 627 II OR. nur für die Auflösung der Gesellschaft durch die Fusion besondere Regeln schaffen will, ergibt sich auch daraus, daß die Fusion, wie Zollikofer[30]) bemerkt, in Art. 627 mit anderen Gesellschaftsaktionen zusammen genannt ist, die sämtlich eine Abweichung vom ursprünglichen Gesellschaftszweck darstellen. Dieser Zusammenhang spricht unbedingt für die Beschränkung der Anwendung auf den Beschluß der übertragenden Gesellschaft.

Entgegengesetzter Ansciht ist Bachmann[31]), der Art. 627 II OR. nur für die übernehmende Gesellschaft gelten lassen will, da kein Aktionär durch Mehrheitsbeschluß gezwungen werden könne, Mitglied einer anderen AG. zu werden. Dieser Standpunkt ist inkonsequent, da Bachmann[32]) gleichzeitig dem Aktionär der sich auflösenden Gesellschaft das Recht zuerkennt, Barabfindung zu verlangen. Es könnte also dieser Ansicht nach der Fall, daß ein Aktionär gezwungen würde, Mitglied einer anderen AG. zu werden, niemals eintreten.

Rehfous[33]) will Art. 627 II OR. auf beide Gesellschaften anwenden. Er ist mit dieser Ansicht wohl allein geblieben.

Findet nun auch der Art. 627 keine Anwendung, so ist doch seitens der übernehmenden Gesellschaft ein Beschluß der Generalversammlung erforderlich, da die notwendige Erhöhung des Grundkapitals eine Statutenänderung gemäß Art. 616 IV. OR. darstellt[34]). Ueber das Erfordernis der Kapitalerhöhung ist schon oben gesprochen worden. Es ist also gemäß Art. 616 IV. und 644 III Ziff. 2 OR. die Generalversammlung ausschließlich zuständig. Der Beschluß muß sich nach den Regeln des Art. 626 OR. richten. Er ist mit einfacher Mehrheit zu fassen und gemäß der Bestimmung des Art. 626 I OR. zu beurkunden . Der Beschluß muß weiter „in gleicher Weise wie die ursprünglichen Statuten" in das Handelsregister eingetragen und veröffentlicht werden (626 II). Rechtliche Wirkung erlangt der Beschluß erst mit der Eintragung (Art. 626 II und III). Durch diese Regelung verweist Art. 626 gleichzeitig auf Art. 621 und 622 OR. Aus dem Charakter der Fusion ergeben sich jedoch notwendigerweise Abweichungen. So findet z. B. keine Zeichnung statt.

[29]) so auch Boßhard S. 34 u. Zollikofer S. 61 ff., die allerdings beide noch weiter gehen und die Konsequenz ziehen, daß Fusion ohne Erhöhung des Kapitals, die nach ihrer Ansicht möglich ist, einen Beschluß der Generalversammlung nicht erheische.

[30]) Zollikofer S. 62.

[31]) Bachmann, Komm. Anm. 6 zu Art. 669 OR.

[32]) Bachmann, Komm. Anm. 6 zu Art. 669 OR.

[33]) Rehfous in ZSR. 45 S. 625.

[34]) so Fick, Verschmelzung S. 20; anderer Meinung Zollikofer S. 61 ff. und Boßhard S. 35 ff., die Fusion ohne Kapitalerhöhung durch die Verwaltung zulassen.

Die angeführten Artikel lassen sich daher nur bis zu einem gewissen Grade anwenden.

Der Anmeldung können von den Belegen, die Art. 622 OR. fordert, nur beigefügt werden:

1. Die Beurkundung der Statutenänderung gemäß Art. 626 OR.,
2. der Fusionsvertrag, der an die Stelle der durch Art. 622 Ziff. 1 u. 2 geforderten Bescheinigungen tritt,
3. der Feststellungsbeschluß über die Sacheinlage und die Zahl der als Gegenwert gewährten Aktien (Art. 619 OR.).

Die Bestimmungen des Art. 619 III u. IV. OR. über die qualifizierte Gründung sind auf die Fusion nicht anzuwenden, da, wie Boßhard[35]) zutreffend ausführt, „solche Ausnahmebestimmungen einer analogen Anwendung nicht fähig sind.".

Nach dem zweiten Revisionsentwurf läßt sich die hier vertretene Ansicht bezüglich des Anwendungsgebietes des Art. 627 nicht mehr halten. Art. 664 I (II. Entw.) schafft dem Art. 627 II gegenüber insofern Wandlung, als letztere nur von einer „Vereinigung (Fusion) mit einer anderen Gesellschaft" spricht, während der neue Art. 664 I Bestimmungen aufstellt für eine „Fusion, sei es mit Uebergang auf eine andere oder durch Vereinigung mit einer anderen Aktien-Gesellschaft". Diese Bestimmung kann nur so aufgefaßt werden und hat nur dann einen Sinn, wenn man annimmt, daß sie sowohl für die übertragende als auch für die aufnehmende AG. gelten soll.

3. Die Wirksamkeit des Fusionsvertrages.

Wie schon früher bemerkt wurde, ist die Fusion sehr dürftig geregelt. Auch bezüglich des Fusionsvertrages läßt uns das Gesetz im Stich. Der einzige Anhaltspunkt, der sich bietet, ist die Bestimmung des Art. 627 II: „Ein solcher Beschluß bedarf zu seiner Gültigkeit der Eintragung in das Handelsregister." Diese Bestimmung ist zwar zunächst auf den Beschluß zugeschnitten, hat aber auch für den Fusionsvertrag weittragende Bedeutung.

Die Grundlage für die Beschlüsse der Generalversammlung und für den Fusionsvertrag bildet der oben bereits gewürdigte Vertragsentwurf, der von den Verwaltungsräten der beiden AG. aufgestellt ist. Dieser Entwurf muß schon nach seinem Inhalte den Anforderungen genügen, die an den Fusionsvertrag zu stellen sind. Die beiden Generalversammlungsbeschlüsse müssen dann wiederum diesen Anforderungen entsprechen und völlig übereinstimmen (natürlich reziprok, nicht kongruent). Sie können sich daher nur auf den gemeinsamen Entwurf stützen. Daraus erhellt, daß spätere Zusätze nicht mehr gemacht werden können, da entweder die Uebereinstimmung vernichtet oder die späteren Zusätze nicht mehr durch den Generalversammlungsbeschluß gedeckt würden.

---

[35]) Boßhard S. 35; gleicher Ansicht Zollikofer S. 66.

Der Inhalt muß daher folgender sein:

1. Auflösung der übertragenden Gesellschaft und Uebertragung des gesamten Vermögens (Aktiva und Passiva) auf die übernehmende Gesellschaft,

2. Festsetzung des Entgeltes für die Vermögensübergabe,

3. Kapitalerhöhung der übernehmenden Gesellschaft nach Maßgabe und zum Zwecke der Gewährung der Gegenleistung.

Ueber die Frage, mit welchem Zeitpunkt der Vertrag als fest geschlossen gelte, herrscht Streit. Der Ansicht, daß mit der Fassung der beiden Fusionsbeschlüsse der Vertrag geschlossen sei, steht die Auffassung gegenüber, daß noch nach der Fassung der Beschlüsse und ihrer Eintragung die Verwaltungsräte beider Gesellschaften den Vertrag endgültig abschließen müßten.

Im letzteren Sinne führt Zollikofer[36]) aus, daß der Fusionsvertrag nicht durch die Eintragung der Beschlüsse ersetzt werden könne. Niemand, weder Aktionäre noch Dritte, könnten aus dem Beschluß irgendwelche Rechte herleiten oder sich sonstwie vor seiner Eintragung auf ihn berufen. Wenn Zollikofer an anderer Stelle[37]) auch sagt, die Rechtswirksamkeit des Beschlusses hänge von der Eintragung ab, so will er damit nur zum Ausdruck bringen[38]), daß die Gesellschaft von der Eintragung an unter den „beschlossenen neuen Verhältnissen" lebe, daß die aufnehmende AG. nunmehr die neu geschaffenen Aktien ausgeben, die sich auflösende AG. ihr Vermögen übertragen könne. Im übrigen begründe auch der Eintrag im Handelsregister niemals von selbst eine Bindung der einen Gesellschaft gegenüber der anderen. Der endgültige Vertrag müsse immer noch durch die Verwaltungsräte geschlossen werden. Im Ergebnis folgt Zollikofer auch Boßhard[39]), der schon darin die Begründung findet, daß er sagt, die Generalversammlung sei Leitungsorgan, nicht aber Handlungsorgan der AG.

Nach Staub-Pisko[40]) soll nach der Fassung der Generalversammlungsbeschlüsse erst noch der eigentliche Fusionsvertrag durch die Verwaltungen geschlossen werden. Erst nach diesem Abschluß sollen die Eintragungen ins Handelsregister erfolgen. Mit der Eintragung trete dann der Vertrag in Kraft.

Dagegen will Fick[41]), der Zollikofer angreift, die Bindung schon mit der Fassung der Beschlüsse annehmen. Wenn er auch Zollikofer dahin mißverstanden hat, daß dieser eine Bindung gegenüber der anderen Gesellschaft mit der Eintragung eintreten lasse, so widerlegt er Zollikofer doch im Endergebnis. Sein Beweis richtet sich allerdings, den Voraussetzungen entsprechend, gegen die Ansicht, daß der Beschluß erst durch die Eintragung Rechtswirkung

[36]) Zollikofer S. 72/73.
[37]) S. 60.
[38]) S. 72.
[39]) Boßhard S. 20/21.
[40]) § 6 zu Art. 247.
[41]) Fick, Verschmelzung S. 24—28.

erlangt. Auf der anderen Seite kommt Fick aber positiv zu dem Ergebnis, daß die Beschlüsse schon vor der Eintragung bindend seien. In Ficks Beweisführung ist also die Lücke, daß er nicht ausführt, daß die Verwaltungen nicht noch nach der Fassung der Beschlüsse den Vertrag abschließen müssen.

Die Tatsache allein, daß die Generalversammlung Leitungsorgan, nicht aber Handlungsorgan der AG. ist, kann die Forderung, daß nach Fassung der Beschlüsse die Verwaltungen noch den Vertrag endgültig abschließen sollen, nicht rechtfertigen. Gewiß ist es gewöhnlich Sache der Verwaltung, die Beschlüsse der Generalversammlung auszuführen, da praktisch noch ein besonderes Handeln, für das der Beschluß nur die Grundlage bietet, erforderlich ist. Hier liegt der Fall aber insofern anders, als dem Beschluß jeder AG. der Beschluß der anderen AG. gegenübersteht. Beide Beschlüsse haben das gleiche Ziel, sie ergänzen einander völlig. Berücksichtigt man noch die Tatsache, daß die Verwaltung auf jeder Seite gezwungen ist, den Beschluß auszuführen, und daß sich ihr gesetzlich nicht die Möglichkeit bietet, sich dem Beschluß zu widersetzen, so muß man zu dem Ergebnis kommen, daß ein Bedürfnis für einen besonderen Vertragsabschluß nicht mehr vorliegt. Es ist offensichtlich, daß die Durchführung des Prinzips der alleinigen Handlungsberechtigung der Verwaltung bis zum Aeußersten in diesem Falle zu einem durch nichts gerechtfertigten Pleonasmus führen würde. Gegen die von Zollikofer und Boßhard vertretene Ansicht sprechen auch noch die Gründe, die unten für die Ansicht angeführt sind, daß der Vertrag schon mit der Fassung des zweiten Generalversammlungsbeschlusses geschlossen ist und daß er zur Wirksamkeit nicht einmal der Eintragung der Beschlüsse bedarf.

In den Ausführungen darüber, daß die Beschlüsse nicht einmal der Eintragung bedürfen, um eine Bindung der Parteien herbeizuführen, kann man Fick die Gefolgschaft nicht versagen. Rein äußerlich deckt sich die Ansicht, daß die Beschlüsse erst mit der Eintragung wirksam werden, mit dem Wortlaut des Gesetzes durchaus, wie Fick[42]) ausführt. Art. 627 II sagt nämlich klar und deutlich: „Ein solcher Beschluß bedarf zu seiner Gültigkeit der Eintragung in das Handelsregister." Ebenso muß man aber Fick zugeben, daß „der an sich nächstliegende Schluß aus dem Wortlaut" „weit über den Zweckgedanken der Gesetzesstelle hinausschießt".

Fick sucht dann[43]) den Sinn der Bestimmung durch den Zusammenhang mit anderen Bestimmungen zu erfassen. Diese Art der Gesetzesauslegung hat von vornherein der strikten Wortauslegung gegenüber ein großes Plus. Mit Fick sind demgemäß folgende Feststellungen zu treffen. Die fragliche Bestimmung des Art. 627 II ist nur eine Sonderanwendung des in Art. 626 OR. ausgesprochenen Grundsatzes, daß die Beschlüsse über Herabsetzung oder Erhöhung des Aktienkapitals und über eine Statutenänderung ebenso wie die

[42]) Fick, Verschmelzung S. 24.
[43]) S. 24 ff.

ursprünglichen Statuten ins Handelsregister eingetragen werden müssen (Art. 626 II), daß sie weiter vor der Eintragung keine rechtliche Wirkung haben (Art. 626 Abs. III). Diese Vorschriften können nur den Sinn haben, die Haftung nach außen und innen zu fixieren. Der Eintritt der Haftung ist dann mit der Eintragung ins Handelsregister gegeben (genau wie bei der Eintragung ins Grundbuch). Das schutzwürdige Interesse ist die Sicherheit des Rechtsverkehrs. Der Schutz eines gutgläubigen Dritten tritt diesem Interesse gegenüber zurück. Diese Auffassung wird auch durch den Art. 863 OR. gestützt, der in Abs. 1 die Eintragung ins Handelsregister mit dem Zeitpunkt Dritten gegenüber wirksam werden läßt, in dem sie durch amtliche Bekanntmachung zur Kenntnis derselben gelangt sein kann, der aber in Abs. 2 Ausnahmebestimmungen schafft, nach denen mit der Eintragung Rechtswirkungen Dritten gegenüber entstehen. Zum Nachweise, daß gerade das Interesse des Verpflichteten und nicht der Dritten überwiegt, führt Fick[44]) eine Reihe der durch den Abs. 2 des Art. 863 zugelassenen Ausnahmen an, bei welchen zumeist die Haftungsfragen im Vordergrund stehen. Hier mögen nur die aus dem Aktienrecht aufgeführten Beispiele der Abgrenzung der AG. von der einfachen Gesellschaft (Art. 623 OR.) und der bereits besprochenen Eintragungen der Beschlüsse der Art. 626 und 627 OR. Erwähnung finden.

Selbstverständlich ist für die Sicherheit im Rechtsverkehr von größtem Interesse, den Eintritt der Fusionswirkungen genau festzulegen. In diesem Falle, sagt Fick[45]), ist aber das Interesse nicht stärker als das Interesse der Beteiligten bei einem dinglichen Recht. Deshalb erscheint es nützlich, aus dem Vergleich mit dem Vertrag über Rechte an Grundstücken die praktischen Schlußfolgerungen zu ziehen. Wenn nun der obligatorische, formgerechte Vertrag die Parteien intern bindet, so entsteht das dingliche Recht mit Wirkung gegenüber jedermann erst durch die Eintragung. Es besteht in der Tat kein Grund, den in feierlichster Form abgegebenen Erklärungen der Generalversammlungen weniger Wirkung zuzuschreiben, als dem formgerechten Vertrag über Grundstücke oder gar der formlosen Verpflichtung zum Kauf oder zur Faustpfandbestellung.

Es ist sicherlich nicht zu viel gesagt, daß, wie Fick[46]) sich ausdrückt, die bekämpfte Ansicht Staub-Piskos, Zollikofers und Boßhards das Rechtsgefühl geradezu verletzt. Es kann nicht richtig sein, daß man der in feierlichster Form abgegebenen Willenserklärung des obersten Organs der AG. keine bindende Wirkung zuerkennen und es sogar noch nach der Eintragung in das Belieben der Verwaltung stellen will, den Vertrag abzuschließen oder nicht. Durch eine solche Auffassung wird „der Vertragsuntreue Tür und Tor geöffnet“[47]). Man muß somit annehmen, daß der erste ordnungsmäßige Beschluß ein bindendes Vertragsangebot darstellt, daß

[44]) Verschmelzung S. 25.
[45]) Fick, Verschmelzung S. 26.
[46]) Verschmelzung S. 26/27.
[47]) Fick, Verschmelzung S. 27.

mit der formgerechten Fassung des zweiten Generalversammlungsbeschlusses und seiner formgerechten Beurkundung die Bindung der Parteien entsteht, und daß jede Partei einen klagbaren Anspruch auf Eintragung hat. Die Wirkung nach außen tritt jedoch erst mit der Eintragung ein.

Im allgemeinen bringt der Revisionsentwurf keine Aenderungen in den vorstehend behandelten Fragen. Nur bezüglich des Falles der Kombination hat er in Art. 759 Ziff. 1—3 (II. Entw.) besondere Bestimmungen für den Abschluß des Vertrages aufgestellt. Die Bestimmungen lauten:

1. Die mehreren Gesellschaften haben in öffentlicher Urkunde einen Fusionsvertrag abzuschließen, worin sie erklären, daß sie sich auflösen und die neue Gesellschaft gründen wollen.
2. Sie haben gleichzeitig in öffentlicher Urkunde die Statuten der neuen Gesellschaft festzusetzen, die Uebernahme der sämtlichen Aktien und deren Einzahlung durch die Einbringung des Vermögens der bisherigen Gesellschaften zu bestätigen und die notwendigen Organe der neuen Gesellschaft zu ernennen.
3. Der Fusions- und Gründungsvertrag muß von der Generalversammlung einer jeden der bisherigen Gesellschaften genehmigt werden.

Es tritt also an die Stelle des bisherigen formlosen Vorvertrages ein öffentlich beurkundeter Vertrag mit dem notwendigen Inhalt der in den Ziff. 1 und 2 aufgeführten Punkte, oder wenigstens muß ein solcher dem Vorvertrag noch folgen. Dann folgen die Generalversammlungsbeschlüsse der einzelnen Gesellschaften über die Annahme des Fusions- und Gründungsvertrages. Nach der Fassung dieser Beschlüsse ist von einem endgültigen Abschluß des Vertrages durch die Verwaltung nicht mehr die Rede. Der Revisionsentwurf steht somit auf dem Boden der hier vertretenen Ansicht.

II. Die Vollziehung der Fusion.

1. Die Erfüllung des Vertrages.

a. Form und Frist des Vermögensüberganges.

Für die Vermögensübernahme ist naturgemäß die Frage von entscheidender Bedeutung, ob man Singular- oder Universalsukzession (für die Aktiven, die Passiven gehen unbestritten durch Universalsukzession über) annimmt. Die Streitfrage ist oben schon im Sinne der Universalsukzession entschieden.

Diesem Standpunkt entsprechend ist daher festzustellen, daß die Aktiven in ihrer Gesamtheit auf die Uebernehmerin übergehen[48]). Den entgegengesetzten Standpunkt vertreten konsequenterweise Zollikofer und Boßhard[49]), die auf diese Weise zu einer Unter-

[48]) so Bachmann, Komm. Anm. 5 zu Art. 669; Fick, Verschmelzung S. 31 und die auf Seite 8 Anm. 56 Zitierten.

[49]) Zollikofer S. 78; Boßhard S. 43.

scheidung betreffs des Ueberganges der Aktiven und Passiven kommen, während nach der hier vertretenen Ansicht für beide die gleichen Regeln Anwendung finden. Da der Standpunkt des Ueberganges durch Universalsukzession oben schon grundsätzlich festgelegt ist, sind hier nur noch die Fragen nach Form und Frist des Ueberganges der Aktiven und Passiven zu behandeln.

Gemäß dem Wesen der Universalsukzession ist anzunehmen, daß der Uebergang der Aktiven völlig formlos erfolgt, und zwar als gesetzliche Folge der Auflösung der übertragenden AG. Die Art des Ueberganges steht auch durchaus nicht im Mißverhältnis zu der Bedeutung des Ueberganges der Aktiven und Passiven, da bei Abschluß des Fusionsvertrages, wie oben gezeigt wurde, die höchsten Erfordernisse der Form zu erfüllen waren[50]). Boßhard[51]) und auch Zollikofer[52]), die beide auf Treadwell[53]) fußen, der aber an der zitierten Stelle vom „Verpflichtungsvertrag" schlechthin und nicht speziell von der Fusion spricht, nehmen an, daß für jeden Vermögensbestandteil die Form der Uebertragung angewendet werden müsse, die erforderlich sei, wenn das Vermögensstück allein abgetreten werde. Diese Ansicht ist lediglich eine Folge der Annahme der Singularsukzession und weiter der Ansicht, daß mit der Fassung der Beschlüsse der Vertrag noch nicht geschlossen sei. Da aber beide Prämissen oben eine Widerlegung erfahren haben, bedarf die Conclusio besonderer Gegenbeweise nicht.

Bezüglich des Zeitpunktes des Ueberganges der Aktiven und Passiven und der Schuldenhaftung gehen ebenfalls die Meinungen auseinander. Nach Zollikofer[54]) und Boßhard[55]) gehen die einzelnen Bestandteile des Aktivvermögens mit den einzelnen Uebertragungsakten auf die übernehmende AG. über. Bezüglich des Ueberganges der Passiven sagt Zollikofer[56]): „Die Tatsachen des Erwerbes der Aktiven hat den Schuldenübergang zur Folge. Sind die Aktiven samt und sonders abgetreten, so kann sich der Erwerber der Haftung nicht mehr entschlagen." Wie steht es denn nach dieser Ansicht mit dem Schuldenübergang, wenn aus irgendeinem Grunde die Uebertragung eines Aktivvermögensbestandteils unterbleibt? Auf diese Weise wäre es der übernehmenden AG. möglich, den Schuldenübergang zu vereiteln oder doch wesentlich zu verzögern, während sie sich selbst schon bereichert und den Gläubigern der übertragenden AG. nur den Zugriff auf deren vermindertes Vermögen zurückgelassen hat.

---

[50]) anders Zollikofer S. 70: „Der Fusionsvertrag ist an keine besondere Form gebunden." Ebenso Boßhard S. 38.
[51]) Boßhard S. 43.
[52]) Zollikofer S .78,
[53]) Treadwell S. 32 ff.
[54]) Zollikofer S. 78/79.
[55]) Boßhard S. 43.
[56]) Zollikofer S. 79/80.

Auf den Zeitpunkt des Haftungsüberganges kann Art. 181 OR. nicht angewendet werden, wie Zollikofer[57]) und Boßhard[58]) wollen, weil nach demselben bis zum Haftungsübergang und auch noch nachher der Tradent haftet, während bei der Fusion schon vor der Bekanntmachung des Art. 181 OR. die übertragende AG. aufgelöst ist, von einer Haftung bis dahin also keine Rede sein kann.

Mit Fick[59]) ist vielmehr anzunehmen, daß die Aktiven und Passiven mit der Eintragung des zweiten Generalversammlungsbeschlusses in das Handelsregister, bezw. dessen Veröffentlichung im schweizerischen Handelsamtsblatt, auf die Uebernehmerin im Sinne des Art. 181 OR. übergehen.

Für das österreichische Recht ist wohl die gleiche Meinung herrschend[60]).

Bezüglich der Grundstücke wird noch darauf verwiesen, daß das Grundbuch unrichtig wird. Die Umschreibung erfolgt auf Antrag der Uebernehmerin. Zur Legitimation ist nur der Nachweis der Fusion erforderlich.

b. Die Gewährung der Gegenleistung.

Daß die Gegenleistung in Aktien erfolgen muß, ist oben schon erörtert, es bleiben daher nur noch die Fragen zu behandeln, in welcher Weise sich tatsächlich die Gewährung des Entgeltes vollzieht und an wen das Entgelt zu entrichten ist.

Die letztere Frage beantwortet Zollikofer[61]) dahin, daß das Entgelt an die übertragende AG. zu entrichten sei. Eine direkte Hingabe an die Aktionäre müßte im Vertrag besonders vereinbart sein. Als Begründung dieser Ansicht vermag Zollikofer nur anzuführen, daß die übertragende AG. Vertragspartei ist. Ein Urteil des Zürcher Handelsgerichts[62]) zitiert Zollikofer für seine Meinung. Er verkennt aber völlig das Wesen der Fusion. Bei der Auslegung des Fusionsvertrages ist zunächst dem wirklichen Willen der Parteien nachzugehen, wobei natürlich das Interesse der Parteien den Ausschlag gibt. Der übertragenden AG. kann garnichts daran liegen, daß ihr die Aktien ausgehändigt werden, da sie doch nicht über dieselben nach Belieben verfügen kann, sondern sie nur ihren Aktionären auszuantworten hätte. Weiter ist die übertragende AG. im Regelfall schon zur Zeit der Gewährung der Gegenleistung seitens der übernehmenden AG. aufgelöst, sodaß sie die Gegenleistung garnicht mehr annehmen kann. Das zitierte Urteil trifft auf die Fusion nicht zu, da es den Fall der Umwandlung einer AG. in eine Genossenschaft behandelt. Mit Recht wird in diesem Falle Leistung an die

[57]) Zollikofer S. 79.
[58]) Boßhard S. 43.
[59]) Fick, Verschmelzung S. 34/35.
[60]) Staub-Pisko § 4 zu Art. 247.
[61]) Zollikofer Seite 81.
[62]) Bl. Z. R. 10 Nr. 178.

AG. gefordert, da die AG. in das Liquidationsstadium eintreten muß. Dem Wesen der Fusion entsprechend muß man aber annehmen, daß die Leistung im Falle der Fusion unmittelbar an die Aktionäre zu erfolgen hat[63]). Fick[64]) bezeichnet einen Vertrag, in dem die Leistung an die AG. selbst ausbedungen wäre, als einen Kaufvertrag mit Hingabe der Aktien der übernehmenden AG. an Zahlungsstatt, dem die Liquidation der übertragenden AG. folgen müßte.

Die Höhe des Entgeltes wird in der Regel den übertragenden Aktiven (nebst Chancen) nach Abzug der Schulden entsprechen. Sie muß in dem Fusionsvertrag festgesetzt werden. Der Beschluß muß also Angaben darüber enthalten, wieviel neue Aktien ausgegeben werden[65]), und in welchem Verhältnis die alten Aktien gegen die neuen einzutauschen sind. Die neuen Aktien werden auf diese Weise mit dem übertragenen Vermögenswert verrechnet. Eine Einzahlung in bar findet also nicht statt.

Ein Zwangsverfahren für den Umtausch von Aktien, wie ihn das deutsche Recht kennt[66]), ist im OR. nicht vorgesehen[67]).

Trotzdem können sich, falls die Aktionäre den Umtausch verweigern, praktisch kaum Schwierigkeiten ergeben. Die nicht eingetauschten Aktien der übernehmenden Gesellschaft behält diese einstweilen in Verwahrung. Werden Ansprüche auf Aktien geltend gemacht, so werden sie den Berechtigten ausgehändigt, im anderen Falle ist die Nichtabhebung völlig unschädlich. „Nicht abgelieferte Aktien der aufgelösten Gesellschaft sind wertlose Papierfetzen, mit denen der Gesellschaft gegenüber kein Unfug getrieben werden kann."[68]). Der Aktionär der sich auflösenden Gesellschaft muß sich daher dem Fusionsbeschluß mit all seinen Folgen fügen[69]). Eine etwaige Haftung der aufnehmenden Gesellschaft gegenüber gutgläubigen Erwerbern der Aktien der übertragenden AG. wird durch den Eintrag des Fusionsbeschlusses im Handelsregister auf Grund dessen Publizität ausgeschlossen. Macht ein gutgläubiger Erwerber (Z.GB. Art. 935) statt des alten Aktionärs das Bezugsrecht geltend, so kann bei Undurchsichtigkeit der Sachlage die Gesellschaft das Risiko dadurch abwenden, daß sie die Aktie gemäß Art. 168 hinterlegt. Im übrigen steht es der Gesellschaft frei, die Aktien in eigener Verwahrung zu behalten, sie zu hinterlegen oder auch aus der Hinterlegung wieder zurückzunehmen (Art. 94). Gegebenenfalls

[63]) So Rehfous S. 625: la contre-valeur de ce patrimoine passe directement en mains des actionnaires.

[64]) Fick, Verschmelzung S. 20.

[65]) A. M. Zollikofer S. 61 ff., der die Fusion ohne Kapitalerhöhung zuläßt.

[66]) HGB. § 308 III in Verbindung mit § 290; siehe auch Staub Anm. 13 zu § 306.

[67]) So richtig Zollikofer S. 83 und Fick, Verschmelzung S. 21.

[68]) Fick, Verschmelzung S. 21; ebenso Vogt, Sutachten S. 38.

[69]) Haberstich S. 478, 522; Rehfous S. 625; Fick, Verschmelzung S. 21/22; Vogt S. 38.

ist auch gemäß Art. 93 Verkauf der Aktien und Hinterlegung des Erlöses möglich. Ist die zehnjährige Verjährungsfrist (Art. 627) abgelaufen, so hat die AG. das Recht, auf eigene Rechnung über die Aktien zu verfügen. Es steht nämlich nichts im Wege, Art. 628 IV. OR. auf diesen Fall analog anzuwenden[70]). Ueber die auf die nicht abgehobenen Aktien entfallenen Dividenden darf die Gesellschaft nach Ablauf der fünfjährigen Verjährungsfrist (Art. 128 OR.) verfügen.

Zur Beseitigung der Streitfragen und Schaffung klarer Verhältnisse wäre eine genaue gesetzliche Regelung sehr wünschenswert. Der Revisionsentwurf bringt aber in dieser Hinsicht keine Aenderung, er hat nur den Zeitpunkt der Aushändigung dahin festgelegt: „Nach Eintragung der Auflösung sind die zur Abfindung gewährten Aktien der übernehmenden Gesellschaft den Aktionären der aufgelösten Gesellschaft auszuhändigen (Art. 758 des II. Entwurfs)." Man geht jedoch nicht fehl, wenn man aus dieser Bestimmung, besonders daraus, daß der Entwurf ein anderes Entgelt nicht erwähnt, folgert, daß der Entwurf auf dem hier vertretenen Standpunkt steht. Darüber, an wen die neuen Aktien auszuhändigen sind, verbreitet sich der Entwurf in Art. 758 V. und Art. 759 IV. An der ersteren Stelle bestimmt er für den Fall der Annexion die Aushändigung an die Aktionäre. Für die Kombination dagegen schreibt er durch die letztgenannte Bestimmung Ablieferung an die alten Gesellschaften vor, die dann ihrerseits gegen Ablieferung der alten die neuen Aktien an die Aktionäre weiterzugeben haben.

2. Liquidationsausschluß.

Mit dem Begriffe der Fusion im gesetzlichen Sinne ist der Begriff des Liquidationsausschlusses untrennbar verbunden. Darüber ist auch wohl die gesamte Literatur bis auf Rehfous[71]) einig. Fick[72]) betont, daß von einem Liquidationsstadium der ihre Aktiven und Passiven abtretenden AG. überhaupt nicht gesprochen werden könne, weil Fusion und Liquidation in einem einzigen Punkte, der Eintragung der Fusion ins Handelsregister, zusammenfielen. Auch Zollikofer ist der Ansicht, daß die Gesellschaft nicht in Liquidation tritt, obschon er dem Liquidationsstadium ein besonderes Kapitel widmet[73]). Er will damit nur die Uebergangszeit bezeichnen und sagt selbst: „Es ist nur dem Namen, nicht dem Wesen nach Liquidation, weil wir nun einmal gewohnt sind, eine AG., die sich auflöst, als in Liquidation zu bezeichnen." Er wird also irrig von Fick[74]) als abweichender Ansicht zitiert. Boßhard[75]) sagt' „Ohne

[70]) Fick, Verschmelzung S. 21.
[71]) S. 624: elle est réellement en liquidation.
[72]) Verschmelzung S. 35.
[73]) Zollikofer S. 86 ff.
[74]) a. a. O.
[75]) Boßhard S. 117.

Liquidationsausschluß gibt es nach schweizerischem Recht keine Fusion im Rechtssinne." Weiter bemerkt er zutreffend: „Fusion mit Liquidation könnte nämlich auch ohne Art. 669 OR. durchgeführt werden." Auch Bachmann[76]) sagt: „An dieser Rechtslage (gemeint ist Ausschluß der Liquidation) ändern die Bestimmungen in Art. 669 Ziff. 1 und 2 nichts, die Anordnung, daß das Vermögen der aufgenommenen Gesellschaft getrennt zu verwalten sei und für die Dauer dieser getrennten Verwaltung der bisherige Gerichtsstand bestehen bleibe." Schließlich tritt noch Lardelli[77]) für Liquidationsausschluß ein.

Bei dieser einheitlichen Rechtslage erübrigt sich wohl ein Eingehen auf die Lehre zum a. d. HGB. und den österreichischen Standpunkt, die sich beide mit der schweizerischen Auffassung dekken. Es sei nur ein Urteil des Reichsgerichts aus dem Jahre 1882[78]) erwähnt. Auch nach dem HGB. ist für die Fusion Liquidationsausschluß wesentlich.

Der Revisionsentwurf hat nichts geändert.

3. Die Eintragung der Auflösung der Gesellschaft in das Handelsregister.

Art. 669 IV. OR. schreibt vor, daß die Auflösung der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden ist. Abweichend vom HGB.[79]) bestimmt das OR. nicht, wer die Anmeldung zu besorgen hat. Es spricht aber nichts dagegen, daß die Verwaltung der übertragenden AG. in erster Linie zur Anmeldung berufen ist. Im Gegenteil wird diese Auffassung noch durch Art. 665 Satz 1 OR. gestützt, der für alle Fälle, in denen die Auflösung nicht durch Konkurs erfolgt, Anmeldung der Auflösung durch die Verwaltung vorschreibt[80]). Auf der anderen Seite muß man auch die Verwaltung der aufnehmenden Gesellschaft für berechtigt halten, und zwar als Handlungsorgan der Rechtsnachfolgerin der übertragenden AG. Eine Pflicht für diese kann aber nur dann bestehen, wenn die Verwaltung der übertragenden AG. zur Anmeldung nicht mehr in der Lage ist, wenn sie z. B. schon ihr Amt niedergelegt hat. Im Regelfall hat die Verwaltung der übertragenden AG. als letzte „Amtshandlung" die „Anmeldung" vorzunehmen.

Eine Frist für die Anmeldung ist ebenfalls nicht gesetzt. Man muß aber annehmen, daß sie sofort nach erfolgter Fusion zu er-

[76]) Bachmann, Komm. Anm. 4 zu Art. 669 (von Boßhard wird er fälschlich als gegenteiliger Ansicht zitiert).

[77]) Lardelli S. 120 ff.

[78]) RBZ. 9 S. 11 ff., besonders S. 18.

[79]) § 306 I in Verbindung mit § 304 III verpflichtet den Vorstand der sich auflösenden AG., die Auflösung der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

[80]) so Staub-Pisko § 6 Abs. 8 zu Art. 247.

folgen hat[81]). Bei dieser Gelegenheit muß daran erinnert werden, daß mit der Eintragung beider Generalversammlungsbeschlüsse die Fusion vollzogen ist. Die Löschung der übertragenden AG. kann daher keinesfalls vor der Eintragung des Erhöhungsbeschlusses der aufnehmenden AG. erfolgen, da in diesem Falle die Mitglieder der übertragenden Gesellschaft ihr Mitgliedsrecht verlieren würde, ohne schon Mitglied der aufnehmenden AG. zu sein[82]).

Die Eintragung der Auflösung hat praktisch nicht die Bedeutung, die man ihr auf den ersten Blick wohl zusprechen möchte, da vorher schon die Generalversammlungsbeschlüsse zur Eintragung gelangt sind. Die Fusion wird schon durch deren Eintragung auch Dritten gegenüber wirksam. Im Rechtsverkehr sind daher einerseits Dritte schon geschützt, wie sie auch andererseits die Eintragung gegen sich gelten lassen müssen. Durch die Eintragung oder Nichteintragung wird praktisch niemand besser oder schlechter gestellt. Die Löschung hat somit nur formale Bedeutung. Daraus ergibt sich auch, daß der Handelsregisterführer nicht die Erfüllung der Erfordernisse der Ziff. 1 des Art. 669 OR. nachzuprüfen hat[83]).

Der Revisionsentwurf bringt in dieser Hinsicht eine Aenderung, indem er in Art. 758 V (II. Entw.) die Aushändigung der zur Abfindung gewährten Aktien n a c h Eintragung der Auflösung vorschreibt. Es ist sicher, daß darin ein wirksames Mittel gegeben ist, die Verwaltung zur pünktlichen Erfüllung ihrer Verpflichtung anzuhalten.

III. Die Anfechtung der Fusion.

Das Gesetz sieht eine besondere Anfechtung der Fusion nicht vor. Für den Fusionsvertrag kommen daher die allgemeinen Grundsätze für Anfechtung von Verträgen (Art. 23 ff. OR.) zur Anwendung. Voraussetzung für eine Anfechtung ist die Rechtswirksamkeit des Vertrages. Diese tritt mit der formgerechten Fassung des zweiten Beschlusses ein. Von diesem Zeitpunkte an bis zum Ablauf eines Jahres kann also eine Anfechtung des Vertrages vorgenommen werden.

Anders ist die Anfechtung zu beurteilen, wenn die Fusion bereits vollzogen ist, wenn also das Vermögen der übertragenden Gesellschaft auf die übernehmende übergegangen und die übertragende AG. erloschen ist. In diesem Falle kann eine Anfechtung des Vertrages nicht mehr stattfinden, da eine der Vertragsparteien nicht mehr existiert, folglich entweder der Anfechtungsberechtigte oder der Anfechtungsgegner fehlt. Es kommt daher nur noch eine Anfechtung der Generalversammlungsbeschlüsse in Frage. Für die Anfechtung des Beschlusses der übertragenden Gesellschaft wie auch des eigenen Beschlusses ist dann die übernehmende Gesellschaft, für

---

[81]) so Fick, Verschmelzung S. 63.
[82]) Staub-Pisko § 6 Abs. 7 zu Art. 247.
[83]) Fick, Verschmelzung S. 64.

den ersten Fall als Rechtsnachfolgerin, die Anfechtungsgegnerin[84]). Eine Frist für diese Anfechtung ist im OR. (abweichend vom HGB.) nicht vorgesehen.

Der Revisionsentwurf schafft in der Frage der Anfechtung keine Aenderung.

[84]) vergl. § 308 HGB.

C. Der Schutz der Gläubiger der übertragenden Gesellschaft.

I. Die Schutzvorschriften.

1. Die getrennte Verwaltung des Vermögens der aufgelösten Gesellschaft.

a. Die Durchführung der getrennten Verwaltung.

Schon oben ist erwähnt worden, daß Art. 669 OR. in der Hauptsache dem Schutz der Gläubiger dient. In diesem Sinne ist besonders Ziff. 1 des Art. 669 aufzufassen: „Das Vermögen der aufzulösenden Gesellschaft ist solange getrennt zu verwalten, bis die Befriedigung oder Sicherstellung ihrer Gläubiger erfolgt ist." Diese Bestimmung stellt sich dem Wortlaut nach als eine vorwiegend formale dar, sie gewährt materiellrechtlich den Gläubigern der aufgelösten AG. nur wenig Schutz. Zur Durchführung sind zunächst besondere Bücher zu führen auch darf eine Vermischung oder Verwechselung der übertragenen Vermögensstücke mit denen der übernehmenden Gesellschaft nicht stattfinden. Andererseits muß man zulassen, daß für beide Vermögen die Verwaltung durch dieselben Personen und in denselben Räumen geführt wird. Die Zulassung einer Verfügung über die Gegenstände der getrennten Verwaltung in den Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft ist ebenfalls unerläßlich[1]). Den Gläubigern soll die getrennte Verwaltung das Vermögen der übernehmenden AG. erhalten. Es soll nicht für die Zwecke der aufnehmenden Gesellschaft verwendet und geschmälert werden. Damit ist aber nicht gesagt, daß es nicht produktiven Zwecken dienen darf. Wie das Reichsgericht[2]) sagt, liegt gerade in dieser Verwendungsmöglichkeit das Charakteristische für den Ausschluß der Liquidation. Allerdings gilt für den Gewinn, daß er dem übertragenen Vermögen zuwächst[3]). Durch Art. 669 Ziff. 1 wird der übernehmenden Gesellschaft eine Aufgabe zugewiesen, deren Erfüllung ihr als Rechtsnachfolgerin der aufgelösten Gesellschaft zukommt. Eine Spaltung der Persönlichkeit, eine Doppelexistenz, wird dadurch nicht geschaffen[4]), lediglich eine separatio bonorum.

Ob aber ein Schutz der Gläubiger, wie ihn der Gesetzgeber vielleicht beabsichtigt hatte, durch die Vorschrift erreicht wird, kann

---

[1]) Staub Anm. 17 zu § 306 HGB.
[2]) RGZ. 9 S. 18.
[3]) Staub-Pisko § 9c Abs. 1 zu Art. 247; auch Zollikofer S. 103; a. M. Fick, Verschmelzung S. 36.
[4]) Urteil des Bern. Appellationshofs in SJZ 2, S. 137 Nr. 683.

mehr als zweifelhaft erscheinen. Wenn Fick[5]) allerdings behauptet, daß die Sicherung schon deshalb nutzlos sei, weil für die Dauer der getrennten Verwaltung eine Grenze nicht bestimmt sei und dieselbe daher in infinitum fortbestehen könne, so ist ihm darin nicht zuzustimmen. Für diese Ansicht kann er sich auch nicht auf Staub-Pisko[6]) stützen. Die Verwaltung ist allerdings unbegrenzt. In dieser Tatsache liegt an sich aber noch nicht die praktische Bedeutungslosigkeit der Vorschrift, da doch den Gläubigern der übertragenden AG. jederzeit der Zugriff freisteht. Der Mangel, den Fick anführen will, ist vielmehr in dem Fehlen besonderer Bestimmungen über Befriedigung der Gläubiger innerhalb einer bestimmten Zeit zu erblicken.

Von diesen positiven Vorschriften über die Verwaltung gänzlich verschieden sind die Haftungsfragen, die besonders im Falle des Konkurses von Bedeutung sind. Darüber ist unten[7]) zu sprechen.

Der zweite Revisionsentwurf läßt die Ziff. 1 des Art. 669 wörtlich bestehen, obschon eine eingehende ‚klare Regelung dringend erforderlich ist. Das ist unverständlich, zumal im Hinblick auf die Vorschrift des § 306 IV HGB. nicht einmal redaktionelle Schwierigkeiten vorliegen.

b. Die Beendigung der getrennten Verwaltung nach

a 1. Befriedigung oder Sicherstellung der Gläubiger,

Die Befriedigung der Gläubiger hat, wie auch sonst, durch Leistung zu erfolgen. Ihre Verwirklichung ist der Zweck der gesamten Schutzvorschriften. Auch die in Art. 669 angeordnete Sicherstellung ist im Hinblick auf die Befriedigung nur Mittel zum Zweck[8]). Damit ist auch schon — ganz allgemein natürlich — die Definition für die Sicherstellung gegeben. Unter der Sicherstellung der Gläubiger sind also alle diejenigen Maßnahmen zu verstehen, die eine Befriedigung der Gläubiger zu dem Zeitpunkte, in welchem die Leistung zu erfolgen hat, gewährleisten.

Es sei daran erinnert, daß für die Gläubiger der aufnehmenden AG. in keiner Weise eine Aenderung der Schuldverpflichtung eintritt. Für die Gläubiger der aufgelösten AG. sind die fälligen Leistungen sofort zu bewirken und können sofort verlangt werden. Der Vorgang der Fusion ist insofern ohne jeden Einfluß. Ebenso erledigen sich die Fälle einfach, in denen eine Einigung zwischen den Gläubigern der aufgelösten AG. und der aufnehmenden AG. erzielt wird. Ein Schutzbedürfnis der Gläubiger fällt in dem Augenblick fort, in welchem der Gläubiger sich nicht mehr auf die ihm vom Ge-

---

[5]) Fick, Verschmelzung S. 37.
[6]) Staub-Pisko § 13 zu Art. 247.
[7]) unten Kap. C. II.
[8]) nicht ist die Sicherstellung juristisch „eine besondere Art der Tilgung", „ein Surrogat der Zahlung", wie Huber, Gutachten S. 26 und Fick, Verschmelzung S. 57 wollen.

setzgeber gewährte, geschützte Stellung beruft. Man muß Haberstich zustimmen, wenn er sagt[9]), daß die Befriedigung auch Uebernahme der Verbindlichkeit durch die neue AG. mit Zustimmung der Gläubiger umfasse. Auch Zollikofer[10]) stellt eine solche Abmachung zwischen den Gläubigern und der neuen AG. der Befriedigung gleich.

Nicht so einfach ist die Rechtslage bei den Obligationen, die entweder noch nicht kündbar oder überhaupt unkündbar sind. Welche Rechte haben in diesen Fällen die Gläubiger? Welche Rechte und Pflichten hat die aufnehmende Gesellschaft?

Für die Lehre zum a. d. HGB. kann wohl allgemein gesagt werden, daß durch die Fusion die Schulden der aufgelösten AG. nicht fällig werden, daß die Gläubiger also nicht sofortige Befriedigung verlangen können. Es mag an dieser Stelle der Hinweis auf den Standpunkt des Reichsgerichts[11]) genügen. Diese Stellungnahme muß als Ausfluß der Annahme einer Universalsukzession für den Uebergang der Aktiven und Passiven bezeichnet werden. Da auch im schweizerischen Recht, wie oben gezeigt ist, Universalsukzession angenommen werden muß, so kann auch die Frage nach dem Fälligwerden der Verbindlichkeiten nur verneint werden. Trotzdem erscheint eine kurze Erörterung unerläßlcih.

Huber und Laband sprechen sich in ihren Gutachten, die sie aus Anlaß der Uebernahme einer Anzahl Eisenbahnen durch den Bund erstattet haben, dahin aus[12]), daß einerseits die Gläubiger eine vorzeitige Rückzahlung nicht verlangen können, daß man sie andererseits aber auch nicht zwingen kann, eine vorzeitige Rückzahlung anzunehmen. Oberer[13]) gibt die gleiche Lösung mit den gleichen Gründen[14]). Wieland[15]) folgt den dargelegten Meinungen bis auf eine Ausnahme. Er gibt dem pfandgesicherten Gläubiger ein sofortiges Kündigungsrecht. Heusler[16]) greift die von Huber und Laband vertretene Ansicht an, ohne jedoch selbst positive Einzelheiten zu bringen. Er will zwischen kündbaren und unkündbaren Obligationen unterscheiden.

Zu all den aufgeführten Meinungen ist zu bemerken, daß sie sich auf Art. 667 und nicht auf Art. 669 OR. stützen, daß auch weiter die Fragen unter dem Gesichtspunkt der Uebertragung auf den Staat behandelt sind. Wie Fick[17]) dazu ausführt, bestehen aber keine Bedenken, die Grundsätze auch auf die Fusion zu übertragen,

---

[9]) Haberstich S. 597.
[10]) Zollikofer S. 105.
[11]) RGZ. 9 S. 11 ff.
[12]) Huber S. 23 ff.; Laband S. 36/37.
[13]) in ZSR. 41 S. 73—78.
[14]) Fick, Verschmelzung S. 29 nimmt fälschlich an, daß die Genannten eine Verpflichtung der Gläubiger zur Annahme vorzeitiger Rückzahlung aussprechen.
[15]) in ZSR. 42 S. 22 ff.
[16]) in ZSR. 41 S. 325/326.
[17]) Fick, Verschmelzung S. 29/30.

da auch die Fusion für die übertragende Gesellschaft Liquidation bedeute, die Vorschriften des Art. 669 OR. aber nur eine Erleichterung bezweckten und gegenüber Art. 667 keine grundsätzlich abweichenden Normen aufstellten.

Den Meinungen von Huber, Laband, Oberer und Wieland (von der Ausnahme, die Letzterer macht, abgesehen) haben sich auch Lardelli[18]) und Zollikofer[19]), der für die Uebertragung allerdings Singularsukzession annimmt, angeschlossen. Letzterer folgert seine Auffassung aus Art. 667 IV OR. Fick[20]) verweist zur Erhärtung dieses Standpunktes für das heutige Recht auf die Art. 181 und 182 OR., für das damalige Recht darauf, daß Art. 669 OR. mit seinen Bestimmungen zugunsten der Gläubiger ein für eine längere Zeit weiterdauerndes Schuldverhältnis zwischen den Gläubigern der aufgelösten AG. und der neuen Gesellschaft voraussetze. Mit diesen Gründen hat Fick sicherlich das Richtige getroffen. Es erübrigt sich wohl, für die dargelegte herrschende Meinung noch weitere Gründe anzuführen.

Als weitere Frage ergibt sich nun, welche Möglichkeit der neuen Gesellschaft geboten ist, sich einer Verpflichtung zu entledigen, wenn die Gläubiger eine vorzeitig angebotene Leistung ablehnen. Wie oben erwähnt, ist daran festzuhalten, daß in einem solchen Falle den Gläubigern die Leistung nicht aufgenötigt werden kann. Im Regelfall wird allerdings der Gesellschaft mit der Möglichkeit der Sicherstellung gedient sein, da sie nach Bewirkung derselben die getrennte Verwaltung aufheben kann. Es sind aber Fälle denkbar, in denen die Gesellschaft ein Interesse daran hat, sich einfür allemal der Verpflichtung zu entledigen. In einem solchen Falle ist der Gesellschaft das Recht zuzusprechen, die geschuldete Summe gerichtlich zu hinterlegen. Daran ändert der Umstand nichts, daß die gerichtliche Hinterlegung bei der Fusion nicht ausdrücklich angeordnet oder zugelassen ist, wie das in Art. 667 Abs. 3 und 4 geschehen ist[21]). Ausschlaggebend ist immer die Sicherung der Gläubiger. Bei der gerichtlichen Hinterlegung ist aber sogar die vom Gesetz nur geforderte Sicherstellung an Güte weit übertroffen. Wie Wieland[22]) sagt, „bildet das gerichtliche Depot keinesfalls eine Personalkaution des Fiskus, sondern die denkbar stärkste Form der Realsicherheit". Sie ist ihrem Wesen nach nicht Sicherstellung, sondern ein „Surrogat der Zahlung"[23]). Praktisch wird die Hinterlegung aber an Bedeutung immer der Sicherstellung nachstehen, da sie dieser gegenüber die höchsten Anforderungen an die Solvenz des Schuldners stellt[24]).

---

[18]) Lardelli S. 111.
[19]) Zollikofer S. 106.
[20]) Fick, Verschmelzung S. 30/31.
[21]) Fick, Verschmelzung S. 56.
[22]) in ZSR. 42 S. 40/41.
[23]) Lardelli S. 116.
[24]) siehe Fick, Verschmelzung S. 56.

Die letzte Erörterung gilt der Sicherstellung der Gläubiger. Ueber ihren Begriff und besonders über die einzelnen praktischen Möglichkeiten herrscht Streit. Wieland[25]), der allerdings speziell von der Sicherheit im Sinne des Art. 667 OR. spricht, sagt, daß die Gläubiger „weitgehende, wohl die größten mit diesem Begriff überhaupt verträglichen Anforderungen" stellen dürfen. Angemessen sei nur die Sicherheit, welche die „volle Befriedigung der Gläubiger außer Zweifel" stelle[26]). An die Sicherstellung des Art. 669 OR. sind aber kaum geringere Anforderungen zu stellen. Mit solchen Forderungen ist keine Klärung der Einzelheiten gewonnen. Wieland[27]) sagt mit vollem Recht, daß der Begriff der Sicherstellung ein wirtschaftlicher, die Frage der Angemessenheit also Tatfrage sei. Dieser Ansicht folgt auch Fick[28]), der noch hinzufügt, daß die Fragen je nach dem einzelnen Fall verschieden zu lösen seien.

Wird auf Grund eines Uebereinkommens zwischen den Gläubigern und der neuen AG. eine Sicherheit bestellt, so fällt die Frage der Angemessenheit fort. Es kann keinem Gläubiger verwehrt werden, sich mit einer geringeren als der im Gesetz vorgesehenen Sicherung zu begnügen[29]). Sodann muß man auch die Sicherheitsleistung durch Verpfändung von Grundstücken[30]) oder Wertpapieren[31]) zulassen. Die praktische Realisierbarkeit ist dabei zugrunde zu legen. Auch dürfen die Pfänder nicht in der vollen Höhe ihres Wertes in Anspruch genommen sein. Schließlich müssen auch mögliche Wertschwankungen in Betracht gezogen werden.

Die Praxis wird häufig der Bürgschaft als Mittel der Sicherstellung bedürfen. Es ist offensichtlich, daß eine Bürgschaft an Qualität den Realsicherheiten nicht gleichkommt, da sie nur einen obligatorischen Anspruch gewährt. Hinzu kommt noch, daß bei der Realsicherheit die Höhe der Belastung feststeht (bei Grundstücken), oder daß ein Pfandrecht Dritter (bei Mobilien) ohne Pfandbesitz ausgeschlossen ist, während bei einer Bürgschaft der Umfang der Verpflichtung des Bürgen und die Größe des Vermögens, also seine Bonität, sich zuverlässig nur sehr schwer feststellen lassen. Bei der Bürgschaft ist weiter die Möglichkeit der Realisierung in hohem Maße von der Fortexistenz des Bürgen abhängig oder wenigstens wird sie häufig dadurch, daß der Anspruch sich gegen den Rechtsnachfolger richten muß, nicht unerheblich erschwert oder verzögert. Aus diesen Gründen ist es schwierig, die Frage nach der Zulässigkeit der Bürgschaft eindeutig mit ja oder nein zu beantworten.

Wieland[32]) will grundsätzlich Bürgschaft nicht zulassen. Er macht nur für die Fälle, in denen die Bestellung einer anderen

---

[25]) in ZSR. 42 S. 40/41.
[26]) in ZSR. 42 S. 41.
[27]) in ZSR. 42 S. 39.
[28]) Fick, Verschmelzung S. 60.
[29]) Wieland in ZSR. 42 S. 46; Fick, Verschmelzung S. 61.
[30]) Lardelli S. 122.
[31]) Wieland in ZSR. 42 S. 40.
[32]) in ZSR. 42 S. 40.

Sicherheit nicht möglich ist, eine Ausnahme. Lardelli[33]) läßt Bürgschaft ohne Bedenken zu[34]). Richtig ist wohl, daß Bürgschaft nur dann zuzulassen ist, wenn die Güte des Bürgen über jeden Zweifel erhaben ist und wenn weiter der Anspruch aus der Bürgschaft auch gegenüber einem eventuellen Rechtsnachfolger gesichert erscheint.

Die Frage, ob bei besonders großer Solvenz des neuen Schuldners nicht einfach die Uebernahme der Verbindlichkeiten genüge, muß verneint werden[35]). Wollte man anders entscheiden, so würde man eine zwingende Sondervorschrift unbeachtet lassen oder ihre Ausführung zu Unrecht in einer ohnehin unabwendbaren Folge der Fusion erblicken. Regelmäßig wird sicherlich durch die Fusion der Schuldner günstiger gestellt, da ihm neben dem Vermögen der ursprünglichen auch die neue Gesellschaft haftet. Das Gesetz hat aber ausdrücklich außerdem die Sicherstellung angeordnet. Die Gläubiger brauchen deshalb in keinem Falle darauf zu verzichten. Wenn der Schuldner besonders solvent ist, dann mag er zahlen, hinterlegen oder Sicherheit leisten!

Es ist noch zu erörtern, welche Mittel die Gläubiger haben, um eine angemessene Sicherstellung zu erzwingen. Die Bestimmung der Sicherheiten erfolgt in der Regel durch die Verwaltung der aufnehmenden Gesellschaft, da es sich um eine Angelegenheit der aufnehmenden und nicht der aufzulösenden AG. handelt. Sie kann aber auch, was Fick[36]) für allein zulässig zu halten scheint, durch die Generalversammlungsbeschlüsse erfolgen. Im letzteren Falle hat dann die Verwaltung lediglich den Beschluß auszuführen. Erscheint die angebotene oder bestellte Sicherheit unzulänglich, so können die Gläubiger bezüglich der Sicherheit vorerst noch nichts unternehmen. Sie haben kein Recht auf sofortige Sicherheitsleistung[37]). Erst wenn die Vorschriften bezüglich der getrennten Verwaltung verletzt werden, ist den Gläubigern das Recht zuzusprechen, auf Bestellung angemessener Sicherheiten vor dem ordentlichen Richter zu klagen[38]).

b 1. Ablauf des Sperrjahres.

In Ziff. 5 bestimmt Art. 669 OR., daß die Vereinigung des Vermögens der beiden Gesellschaften — ganz abgesehen von Befriedigung und Sicherstellung — erst in dem Zeitpunkte zulässig ist, „in

[33]) Lardelli S. 116.

[34]) die Erörterung der Fragen, wie die Bestellung der Sicherheit im Falle des Rückkaufes der schweizerischen Eisenbahnen durch den Bund erfolgen sollte, gehört nicht in den Rahmen der Arbeit. Näheres siehe bei Huber und Laband, Gutachten; Wieland in ZSR. 42; Oberer in ZSR. 41; Heusler in ZSR. 41 S. 326.

[35]) a. M. wohl Bachmann, Komm. Anm. 4 zu Art. 667 OR.

[36]) Verschmelzung S. 61.

[37]) Staub-Pisko Anm. 8b zu 247.

[38]) Laband S. 40; Huber S. 26; Wieland in ZSR. 42 S. 40; Lardelli S. 118; Zollikofer S. 104; Fick, Verschmelzung S. 61.

welchem eine Verteilung des Vermögens einer aufgelösten Aktiengesellschaft unter die Aktionäre erfolgen darf". Dadurch wird auf Art. 667 II OR. verwiesen, der die Verteilung erst nach dem Ablauf eines Jahres seit der dritten öffentlichen Aufforderung an die Gläubiger für zulässig erklärt. Auch diese Bestimmung ist als Schutzbestimmung für die Gläubiger der übertragenden AG. gedacht[39]). Ebenso sicher ist aber auch, daß sie nicht die gleiche Bedeutung hat wie bei der Liquidation, da ohnehin die Ansprüche der Gläubiger beider Gesellschaften konkurrieren.

Mit der genannten Vorschrift ist der früheste Zeitpunkt der Vereinigung festgelegt, dagegen ist nichts darüber gesagt, wann sie spätestens erfolgen soll. Der erste Satz der Ziff. 5 bestimmt ausdrücklcih, daß die öffentliche Aufforderung verschoben werden kann. Infolgedessen steht es im Belieben der aufnehmenden AG., das Sperrjahr in Lauf zu setzen. Sie hat dann nur solange die getrennte Verwaltung fortzusetzen[40]).

2. Das Bestehenbleiben des Gerichtsstandes der aufgelösten Gesellschaft.

Art. 669 Ziff. 2 läßt den Gerichtsstand der aufgelösten AG. für die Dauer der getrennten Verwaltung fortbestehen. Unter der Dauer der getrennten Verwaltung ist die Zeit zu verstehen, für welche die Trennung durchzuführen ist, und nicht die Zeit, für welche sie tatsächlich geführt wird. Das ist in einem Urteil des Bern. Appelations- und Kassationshofes[41]) ausdrücklich anerkannt. Es wäre auch undenkbar, daß die Verwaltung der aufnehmenden AG. durch tatsächliche Aufhebung der Trennung unter Verletzung der gesetzlichen Bestimmungen sich Vorteile verschaffen können sollte.

Der neuen Gesellschaft kommt durch den doppelten Gerichtsstand keine „Doppelexistenz" zu[42]), es ist vielmehr nur zum Ausdruck gebracht, daß die Gläubiger sowohl am Gerichtsstand der neuen als auch an dem der aufgelösten AG. die neue Gesellschaft für die Schulden der aufgelösten belangen können[43]).

Eine gewisse Bedeutung der Vorschrift, die natürlich auf rein prozessualem Gebiete liegt, läßt sich nicht verkennen. Allerdings wird sie durch den mangelhaften materiellrechtlichen Schutz stark herabgemindert.

3. Die Haftung der Verwaltung der aufnehmenden Gesellschaft für die Verletzung der Vorschriften über die getrennte Verwaltung.

Um der Schutzvorschrift der getrennten Verwaltung Nachdruck zu verleihen. und ihre Durchführung zu garantieren, spricht Art. 669

---

[39]) Fick, Verschmelzung S. 65.

[40]) Bachmann, Komm. Anm. 7 Abs. 1 zu Art. 669.

[41]) vom 26 .1. 1905, abgedruckt in ZBIV. 41, S. 598 ff., besonders S. 601/602.

[42]) ZBIV. 41 S. 600.

[43]) Staub-Pisko § 10 zu Art. 247; Bachmann, Komm. Anm. 7 Abs. 2 zu Art. 669; Zollikofer S. 100.

Ziff. 3 OR. die Verantwortlichkeit der Verwalter der aufnehmenden AG. gegenüber den Gläubigern der aufgelösten AG. aus. Wenn Fick[44]) annimmt, daß Art. 669 Ziff. 3 nur eine „Verdeutlichung" von Art. 673 darstelle, so kann man ihm darin nicht zustimmen. Art. 673 legt nur die Haftung der Verwaltung gegenüber der Gesellschaft fest, die sich ohnehin aus dem Vertragsverhältnis, in welchem die Verwalter zu der Gesellschaft stehen, ergeben würde[45]). Eine Besonderheit ist für diesen Fall nur in der Festlegung der Solidarhaftung zu erblicken[46]). Demgegenüber bedeutet die Haftung der Verwaltung den Gläubigern der aufgelösten Gesellschaft, also Dritten gegenüber, etwas ganz anderes.

Die Bedeutung der Haftung ist verhältnismäßig gering. Der Grund hierfür liegt in der unzulänglichen materiellen Sicherung dieser Gläubiger im Falle des Konkurses[47]). Wie Fick[48]) zutreffend hervorhebt, ist im Konkurs die konkursrechtlich erzwungene Vereinigung der Vermögen für die Entstehung eines Schadens kausal, nicht aber ein Mangel in der Ausführung der getrennten Verwaltung, für welche allein die Verwalter haften. Das gilt selbst dann, wenn die Verwaltung wirklich nicht ordnungsmäßig geführt ist. Diese Auffassung gilt aber nur für den Fall, in welchem die getrennte Verwaltung zur Zeit der Eröffnung des Konkurses noch geführt wird.

Im anderen Falle kann die Vorschrift erhebliche praktische Bedeutung erlangen. Es ist davon auszugehen, daß im Konkursfalle eine Anfechtung der erfolgten Befriedigung oder Sicherstellung der Gläubiger nicht stattfindet[49]). Hat nun die Verwaltung die getrennte Verwaltung aufgehoben, ohne Befriedigung oder Sicherstellung zu bewirken, und fällt dann die Gesellschaft in Konkurs, so liegt der Schaden in der entgangenen Sicherstellung oder Befriedigung. Auch die Kausalität ist unbedingt gegeben. Zu der ordnungsmäßigen Durchführung der getrennten Verwaltung gehört in erster Linie, daß dieselbe nicht unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften aufgehoben wird.

Wie Art. 673 hat auch Art. 669 Ziff. 3 OR. als Haftungsform die Solidarhaftung angeordnet.

Daß die Bedeutung der im § 306 Abs. 6 HGB. ausgesprochenen Haftung bedeutend größer ist, ergibt sich aus § 306 Abs. 4 HGB.

II. Die praktische Bedeutung der Schutzvorschriften, besonders im Falle des Konkurses.

Die Frage der Stellung der Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft im Konkurse der aufnehmenden Gesellschaft war schon im

[44]) Fick, Verschmelzung S. 62.
[45]) Bachmann, Komm. Anm. 1 zu Art. 673 OR.
[46]) Bachmann, Komm. Anm. 2 zu Art. 673 OR,
[47]) Vgl. unten Kap. C. II.
[48]) Fick, Verschmelzung S. 63.
[49]) vgl. unten Kap. C. II.

a. d. HGB. bestritten und ist es noch heute im schweizerischen Recht. Da einerseits wegen der Schwierigkeit der Frage die schweizerische Literatur keinesfalls ausreicht, andererseits gerade die Entwicklung wertvolle Aufschlüsse bietet, so wird auch besonders an dieser Stelle auf das a. d. HGB., dessen grundlegende Bedeutung für das schweizer Aktienrecht schon oben erwähnt ist, und seine Literatur zurückzugreifen sein.

Brennend wurde die Frage erst in dem Zeitpunkt, in welchem der Gesetzgeber vom Konzessionssystem zum System der Normativbestimmungen überging[50]). Bis dahin war eine mangelhafte gesetzliche Regelung unschädlich, da der Staat seine Einwilligung zur Fusion nicht eher gab, als bis ihm die Sicherstellung der Gläubiger nachgewiesen war[51]). Seit dem Wegfall dieses Korrektivs der unzulänglichen Bestimmungen war es die Aufgabe der Wissenschaft und der Praxis, die Fragen zu lösen. Doch wurde man sich wohl nur darüber einig, daß die gesetzlichen Bestimmungen nicht ausreichten, im übrigen konnte Klarheit nicht gefunden werden. Diese zu schaffen wäre nur dem Gesetzgeber möglich gewesen.

Es mag schon hier Erwähnung finden, daß der Revisionsentwurf keine Wandlung schafft. Es müßte als höchst bedauerlich bezeichnet werden, wenn der Gesetzgeber diese günstige Gelegenheit unbenutzt vorübergehen ließe.

Ausführlich behandelt für das a. d. HGB. ist die Frage wohl zuerst von Renaud[52]). Seine Ausführungen lassen sich dahin zusammenfassen: Während sonst bei einer Auflösung der AG. Liquidation eintrete, greife bei der Fusion Uebernahme der Schulden der aufgelösten durch die aufnehmende AG. Platz. Uebernehme aber jemand vertraglich die Schulden eines Rechtssubjekts, so liege ein Vertrag zugunsten Dritter vor, nämlich der Gläubiger des Promissars. Auf Erfüllung könne nur der Promissar klagen, die Gläubiger höchstens ex jure cesso. Bei der Fusion liege die Sache jedoch deshalb anders, weil die AG., die ursprünglich Schuldnerin war, untergehe, und sich die Gläubiger nur an die übernehmende AG. halten könnten. Das Vermögen der übertragenden AG. werde den Gläubigern unverkümmert als Exekutionsgegenstand erhalten. Das Vermögen der übertragenden AG. sei daher solange getrennt zu verwalten, bis die Gläubiger befriedigt oder die Befriedigung sichergestellt sei. Weiter verweist Renaud[53]) auf Art. 247 Ziff. 2 a. d. HGB. und folgert aus der Tatsache, daß der allgemeine Gerichtsstand der übertragenden AG. bestehen bleibe, daß die übernehmende AG. für die Schulden aufkommen müsse. Renaud kommt in seinen

---

[50]) Aktiennovelle von 1870.

[51]) von Völderndorff Abtlg. II S. 672, Anm. 17: „Solange die ursprüngliche Fassung des Handelsgesetzbuches bestand, war die Sache einfach. Der Staat gab eben seine Erlaubnis zur Fusion nicht ohne Nachweis der Sicherung aller Gläubiger."

[52]) Renaud S. 811 ff.

[53]) S. 812/813.

Ausführungen[54]) dahin, daß die Gläubiger der übertragenden AG. für die Dauer der getrennten Vermögensverwaltung allein berechtigt seien, sich aus dem getrennt verwalteten Vermögen zu befriedigen.

Der Ansicht Renauds kann nicht beigetreten werden. Die Annahme eines Vertrages zugunsten Dritter ist schon aus dem Grunde irrig, weil bei der Fusion ein Vertrag über die Schuldenübernahme garnicht geschlossen wird. Der Schuldenübergang ist lediglich eine gesetzliche Folge der Fusion. Daß bei dem Abschluß des Fusionsvertrages die Schulden eine Rolle spielen, ist unerheblich. Bei einem Vertrag zugunsten Dritter ist wesentlich, daß der Wille der Parteien sich gerade auf die Leistung an einen Dritten richtet. Ueberdies ist zu beachten, daß ein Vertrag zugunsten Dritter keine Vertragstype, vielmehr nur ein besonderes Merkmal irgendeines anderen Vertrages ist. Renaud hätte also den Umfang der Leistung oder der Berechtigung auf Befriedigung auf eine Vertragstype zurückführen müssen[55]).

Die Bestimmung des Gerichtsstandes ist als rein prozessuale Vorschrift materiellrechtlich nicht zu verwerten. Da es keinem Zweifel unterliegen kann, daß die Uebernehmerin mit ihrem eigenen und dem übernommenen Vermögen für die Schulden haftet, so ist natürlich die Bestimmung des Gerichtsstandes von Bedeutung, aber durch diese Haftung auch vollkommen gerechtfertigt. Jedenfalls bietet diese Bestimmung keinerlei Anhaltspunkte für die Gewährung eines Konkurssonderrechts. Fick[56]) erwähnt wohl nicht ganz zu Unrecht, daß gerade daraus, daß der Gerichtsstand in Ziff. 2 geregelt, das Sonderrecht in Ziff. 1 aber nicht genannt sei, sich eher folgern lasse, daß das Sonderrecht nicht gewährt werden solle. Auf andere Gründe als die besprochenen vermag Renaud seine Ansicht nicht zu stützen.

Von Völderndorff[57]) folgt der von Renaud entwickelten Ansicht mit der Behauptung, daß es keinem Zweifel unterliege, daß die Gläubiger solange aussondern könnten, als das Vermögen der aufgelösten Gesellschaft getrennt verwaltet werde, da eine Verteilung des Vermögens nicht stattfinde. Mit einer solchen Behauptung ohne Begründung ist für die Lösung der Frage nichts gewonnen.

Interessant und sehr beachtlich sind die Ausführungen von Wiener[58]), der sachlich eine ganze Reihe von Momenten anführt, die in der Tat gegen ein Sonderrecht sprechen, dann aber zum Schluß — wohl nur aus Zweckmäßigkeitsgründen — doch zu dem Ergebnis kommt, daß ein Sonderrecht bestehe. Wiener führt zunächst aus[59]), daß die aufgelöste Gesellschaft nicht im Liquidationszustand weiterbestehe, daß vielmehr die übertragende Gesellschaft durch Universal-

---

[54]) Renaud S. 813.

[55]) Ebenfalls ablehnend (wenn auch mit anderer Begründung) Fick, Verschmelzung S. 38.

[56]) Fick, Verschmelzung S. 39.

[57]) Abtlg. II S. 672/73.

[58]) Z. f. HR. Bd. 27 S. 365 ff.

[59]) S. 370/72.

sukzession der aufnehmenden Gesellschaft in ihr Vermögen erledigt werde. Er nimmt weiter an[60]), daß nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen bei Uebertragung eines Vermögens auf ein anderes Rechtssubjekt das übertragene Vermögen mit dem des Erwerbers zu einer Einheit verschmelze, sodaß das übertragene Vermögen auch für die schon bestehenden Verbindlichkeiten des Uebernehmers hafte. Eine Abänderung dieser Regel bedürfe besonderer positiver Vorschriften, da durch ein Absonderungsrecht das übertragene Vermögen pfandähnlich verfangen werde. Ein „Separationsrecht" sei im Art. 247 a. d. HGB nicht ausgesprochen und auch in der Reichskonkursordnung, die doch im § 3 diese Rechte erschöpfend geregelt habe, nicht festgelegt. Auch der Wortlaut des Art. 247 lasse nicht erkennen, daß die rechtliche Vereinigung aufgehalten werden solle. Denn selbst dann, wenn nur die rein tatsächliche Vermögensvereinigung vor der Befriedigung der Gläubiger untersagt sei, habe die Vorschrift als rein instruktionelle eine gewisse Bedeutung. Wiener zieht dann eine Parallele zu der römisch-rechtlichen tributio mercis bei mehreren tabernae[61]). Der Dominus hafte für tributarische Erfüllung der Verbindlichkeiten jeder Niederlassung nach Maßgabe des Geschäftsfonds derselben, insofern seien die einzelnen Geschäftsschulden im Innenverhältnis Sonderschulden, im Falle der Zwangsvollstreckung und des Konkurses sei diese Sonderung aber nicht wirksam.

Bis zu dieser Stelle muß man den konsequenten Ausführungen folgen. Es ist aber nicht recht verständlich, wenn Wiener[62]) dann plötzlich seine Ansicht dahin festlegt: „Gleichwohl muß dieses sicherlich unbefriedigende Ergebnis verworfen werden. Vielmehr ist der Art. 247 im Sinne positiver Anordnung, daß durch das tatsächliche Getrennthalten die Rechtswirkung der Konfusion beim Vermögensübergange aufgehalten werde, zu verstehen." Solange die tatsächliche Trennung bestehe, werde die übertragende Gesellschaft noch in bestimmten vermögensrechtlichen Beziehungen fortgesetzt. In diesen Beziehungen sei das Vermögen der aufgelösten Gesellschaft Sondervermögen. Der Abs. 2 des § 193 der Reichskonkursordnung sei anwendbar[63]).

Wieners Argumente, die gegen seine Ansicht sprechen, sind überzeugend, dagegen ist seine Meinung nicht sehr gut begründet. Seine Gegenargumente finden im Gesetz eine Stütze, seine Stellungnahme gründet sich nur auf Konstruktion. Es läßt sich nicht verkennen, daß Wiener sich völlig vom Zweckgedanken hat leiten lassen. De lege ferenda muß man Wiener folgen, de lege lata ist seine Ansicht abzulehnen.

In einer Entscheidung aus dem Jahre 1882 befaßt sich das Reichsgericht[64]) mit dieser Frage. Es billigt den Gläubigern der auf-

---

[60]) S. 374/75.
[61]) S. 376.
[62]) S. 376.
[63]) Wiener S. 380.
[64]) RGZ. 9 S. 11 ff., Nr. 3.

gelösten Gesellschaft ein ausschließliches Zugriffsrecht auf das übertragene Vermögen zu und will ihnen die gleiche Stellung geben, welche sie ohne die Fusion gehabt hätten. Für seine Stellungnahme beruft es sich auf Renaud und Wiener[65]) und besonders auf § 193 Abs. 2 der Reichskonkursordnung[66]), der die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen einer aufgelösten Gesellschaft für zulässig erklärt, solange die Verteilung des Vermögens nicht erfolgt ist.

Zu dem zuletzt angeführten Grund ist zu bemerken, daß im Falle der Fusion eine Verteilung des Vermögens überhaupt nicht stattfindet. Bei Auflösung einer AG. geht das Vermögen erst durch die Verteilung auf andere Rechtssubjekte über. Es ist also eigentlich selbstverständlich, daß bis zur Verteilung der Konkurs eröffnet werden kann. Bei der Fusion geht aber, wie auch das Reichsgericht[67]) selbst anerkennt, das Vermögen durch Universalsukzession auf die aufnehmende Gesellschaft über. Der Uebergang erfolgt Dritten gegenüber mit der Eintragung der beiden Generalversammlungsbeschlüsse[68]). Dieser Uebergang durch Universalsukzession ist daher der Verteilung gleichzusetzen.

Ring[69]) sagt, daß die aufgelöste Gesellschaft ein körperschaftsrechtliches Nachleben führe, solange die getrennte Verwaltung tatsächlich bestehe. Das offenbare sich in der Erhaltung des Gerichtsstandes (Ziff. 2) und besonders „in der Bindung des Vermögens der aufgelösten Gesellschaft zugunsten der Gläubiger derselben und unter Ausschluß der Gläubiger der aufnehmenden Gesellschaft, welche bis zu dem Eintritt der Fusion gegen diese Forderungen erworben haben". Dagegen müßten die neuen Gläubiger der aufnehmenden Gesellschaft — vorausgesetzt, daß der Vertrag rechtswirksam geschlossen sei — das übertragene Vermögen auch unbeschränkt angreifen dürfen. Die bisherigen Gläubiger der aufnehmenden Gesellschaft hätten demgegenüber kein besonderes Zugriffsrecht auf das Vermögen der aufnehmenden AG. Ueber jedes Sondervermögen könne der Konkurs eröffnet werden. Hergenhahn[70]) vertritt ganz die gleiche Ansicht Behrend[71]) und Petersen und v. Pechmann[72]) weichen nur insofern ab, als sie nicht ausdrücklich erwähnen, daß auch die neuen Gläubiger der übernehmenden AG. das übertragene Vermögen unbeschränkt angreifen dürfen. Aus der Nichterwähnung dieser Möglichkeit ist aber auf Verneinung derselben zu schließen, da sie doch als eine Durchbrechung des aufgestellten Grundsatzes sicherlich ausdrücklich genannt worden wäre.

[65]) S. 17.
[66]) S. 18.
[67]) RGZ. 28, S. 36.
[68]) siehe oben Kap. B. I. 2.
[69]) Ring S. 683/84 Anm. 3 zu Ziff. 1 u. 2. des Art. 247.
[70]) Hergenhahn Anm. 8a zu Art. 247.
[71]) Behrend S. 942.
[72]) Petersen und v. Pechmann S. 592 ff.

Ablehnend steht Staub[73] jeglichem Sonderrecht der Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft gegenüber. Seinen Ausführungen soll jedoch erst unten bei der Besprechung der österreichischen Lehre näher getreten werden, da Staub-Pisko die gleichen Gründe anführt.

Von Interesse dürfte in diesem Zusammenhang noch der Standpunkt des Entwurfes eines Handelsgesetzbuches nebst Denkschrift[74] sein. Im § 279 Satz 4 und 5 sind die Vorschriften enthalten, die das HGB. später als Absatz 4 und 5 des § 308 aufgenommen hat. Der Gesetzgeber hatte die Notwendigkeit einer klaren Regelung erkannt. Für die Auffassung des Gesetzgebers läßt sich daraus allein weder für diese noch für jene Ansicht eine Folgerung ziehen, wie Behrend[75]) und Fick[76]), dessen Ansicht unten noch zu erörtern ist, — ein jeder für seine Auffassung — wollen. Für die Regelung könnte nämlich schon allein eine Klärung der Verhältnisse Grund genug sein, genau so gut, wie es möglich war, neue Bestimmungen zu schaffen. Anders liegt die Sache natürlich mit der Denkschrift, da an dieser Stelle auch die Gründe der Aenderung der bisherigen Vorschriften näher erörtert sind[77]). Es wird ausdrücklich zugegeben, daß es zweifelhaft sein könne, ob nach Art. 247, da dieser doch eine dahingehende Vorschrift nicht enthalte, ein Recht der Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft auf vorzugsweise Befriedigung abgeleitet werden könne, besonders den Bestimmungen der Konkursordnung gegenüber. Für den Art. 247 war also der Standpunkt der Denkschrift von der herrschenden Meinung verschieden. Daran ändert die Tatsache, daß der Entwurf diese Meinung zu seiner eigenen machte und ihr eine genaue Fassung gab, nichts.

Für das österreichische Recht vertritt v. Randa[78]) den alten deutschen Standpunkt des besonderen Zugriffsrechts der alten Gläubiger. Dagegen löst Staub-Pisko[79]) die Frage dahin, daß ein Sonderrecht der Gläubiger an dem Vermögen der übertragenden Gesellschaft nicht bestehe. Es liege nur die Pflicht getrennter Verwaltung vor, diese habe aber nach außen keine materielle Bedeutung. Den Gläubigern hafte immer nur die aufnehmende Gesellschaft, und zwar mit ihrem gesamten Vermögen, wie auch sonst ein persönlicher Schuldner. Ebenso bestehe kein Unterschied zwischen den ursprünglichen, den übernommenen und den neuen Gläubigern. Die Ansicht, daß ein ausschließliches Zugriffsrecht der Gläubiger der übertragenden Gesellschaft als Folge der getrennten Verwaltung bestehe, sei irrig. Es sei auch garnicht einzusehen, wie die Gläubiger der übertragenden Gesellschaft eine Vollstreckung anderer Gläubiger in die Gegenstände der getrennten Verwaltung verhindern

---

[73]) Staub, Komm. § 9 zu Art. 247 a. d. HGB.
[74]) aus dem Jahre 1896.
[75]) Behrend S .942.
[76]) Fick, Verschmelzung S. 45.
[77]) Denkschrift S. 167/168.
[78]) v. Randa Bd. II S. 232.
[79]) Staub-Pisko § 9 zu Art. 247.

könnten, da ihnen ein die Exekution hinderndes Recht nicht zustehe. Erst recht nicht sei die von Ring begründete, und auch von Hergenhahn, Petersen, v. Pechmann und Behrend vertretene, Ansicht zu billigen, daß ein Sonderkonkurs eröffnet werden könne, da an der Spitze der Konkursordnung der Satz stehe, daß Konkurs nur über das gesamte Vermögen eines Schuldners, nicht aber über einzelne Vermögensmassen desselben eröffnet werden könne. Ebenfalls hätten die Gläubiger der alten Gesellschaft keinen konkursrechtlichen Anspruch auf abgesonderte Befriedigung, da die Konkursordnung diese Rechte sämtlich aufzähle, ohne jedoch für den vorliegenden Fall ein Recht zu gewähren. Die Gläubiger hätten eben die Konsequenzen des ungenügenden gesetzlichen Schutzes zu tragen.

Im schweizer Recht behandelt diese Frage wohl zuerst Rehfous[80]), wenn auch nicht gerade ausführlich. Er vertritt ein Recht auf Vorabbefriedigung der alten Gläubiger aus dem übertragenen Vermögen[81]). Allerdings hält auch er eine ausdrückliche Regelung für erwünscht. Für seine Ansicht gibt lediglich der Zweckgedanke den Ausschlag.

Entgegengesetzter Meinung ist Bachmann[82]). Die Exekution richte sich gegen das Gesellschaftsvermögen überhaupt, nicht aber besonders gegen das Vermögen der untergegangenen Gesellschaft. Einerseits sei es rechtlich ausgeschlossen, daß die Gläubiger der übertragenden Gesellschaft sich an das übertragene Vermögen hielten, andererseits sei es unmöglich, daß den Gläubigern der fortbestehenden Gesellschaft das übertragene Vermögen nicht hafte. Ein Sonderkonkurs über die getrennt verwalteten Vermögen sei nicht möglich.

Zollikofer[83]), dem Henze[84]) im Ergebnis folgt, greift Bachmann an und kommt unter Berufung auf Rehfous, Wiener, Renaud und Lehmann zu einem ausschließlichen Zugriffsrecht der bisherigen Gläubiger. Zollikofer stellt[85]) die Mindestforderung auf, daß die Fusionsgläubiger den Liquidationsgläubigern gleichgestellt werden. Das sei auch der Grundgedanke, von dem der Gesetzgeber sich habe leiten lassen[86]). Das ausschließliche Zugriffsrecht ergebe sich von selbst aus der Existenz des Art. 669 OR.[87]), wenn auch diese Wirkung nicht mit ausdrücklichen Worten festgelegt sei. Die ge-

[80]) in ZSR. 45 S. 626.

[81]) a. a. O. les créanciers de la société dissoute devront être payés sur l'actif de cette société par préférence aux créanciers de la société acquéreur. C'est la conséquence logique du maitien de l'administration séparée des patrimoines, qui n'aurait pas de raison d'être sans cela. Fick S .48 nimmt fälschlich an, daß Rehfous nur de lege ferenda dieser Ansicht sei.

[82]) Bachmann, Komm. Anm. 7 Abs. 2 zu Art. 669.

[83]) Zollikofer S. 94 ff.

[84]) Henze S. 13/14.

[85]) Zollikofer S. 93 und 96.

[86]) Zollikofer S. 95.

[87]) Zollikofer S. 94.

trennte Verwaltung habe keinen Sinn, wenn sie nicht eine materielle Bedeutung nach außen habe.

Die Begründung Zollikofers kann nicht überzeugen. Zunächst vermag auch er keinen Grund dafür anzuführen, daß das Gesetz eine genaue Regelung im Sinne seiner Ansicht nicht getroffen hat. Dann ist es sehr wohl möglich, daß der Gesetzgeber einmal ein gewolltes Ziel nicht erreicht. Daraus, daß dann eine Bestimmung keinen, oder wenigstens nicht den vollen Sinn hat, läßt sich nicht das Recht ableiten, einfach den gewünschten Sinn hineinzulegen. Daß das Gesetz die Fusionsgläubiger den Liquidationsgläubigern gleichstellen wollte, läßt sich aber auch nicht einmal mit Sicherheit annehmen. Mit Recht hält Fick[88]) dem entgegen, daß dann Art. 669 OR. überflüssig wäre und der Gesetzgeber einfach die Bestimmungen über die Liquidation auf die übertragende Gesellschaft hätte für anwendbar erklären können. Man kann dem wohl noch hinzufügen, daß der Gesetzgeber aller Wahrscheinlichkeit nach von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht haben würde, da diese Regelung die Vorzüge der Kürze und Klarheit gehabt hätte. Andererseits, so sagt Fick weiter[89]), habe gerade Art. 669 OR. den Zweck, für die Fusion erleichternde Bestimmungen zu schaffen und trotzdem die Gläubiger der übertragenden Gesellschaft nicht schutzlos zu machen. Der Umfang des gewährten Schutzes lasse sich daher nur aus Art. 669 feststellen. Ein Pfandrecht oder Recht auf Sonderkonkurs hätte ausdrücklich festgelegt werden müssen[90]).

An dieser Forderung muß um so mehr festgehalten werden, als Art. 669 obligationenrechtliche Bestimmungen enthält, und der von Zollikofer geforderte Sinn ins Konkursrecht eingreifen würde[91]). Besonders steht der anderen Auffassung der Art. 197 SchKG. entgegen, der bestimmt, daß das gesamte Vermögen des Gemeinschuldners, das demselben zur Zeit der Konkurseröffnung „angehört", die Konkursmasse bildet, soweit es sich nicht um unpfändbare Gegenstände handelt. Die letztere Möglichkeit kommt überhaupt nicht in Frage. Es wäre nur noch zu prüfen, ob das übertragene Vermögen dem Gemeinschuldner schon angehört. Nach den oben entwickelten Grundsätzen für den Vermögensübergang kann das aber nur bejaht werden. Die Aussonderungsrechte der Art. 201 und 202 SchKG. sind also nicht gegeben. Ein Sonderkonkurs über das Vermögen der getrennten Verwaltung ist schon aus dem Grunde nicht möglich, weil die Gesellschaft nicht mehr existiert und der Vermögensübergang durch Universalsukzession Dritten gegenüber schon mit der Eintragung des zweiten Generalversammlungsbeschlusses vollzogen ist.

Mit vollem Recht weist Fick[92]) noch für seine Ansicht auf die Entstehungsgeschichte des Art. 669 hin, der zum ersten Male in dem

---

[88]) Fick, Verschmelzung S. 48/49.
[89]) Fick, Verschmelzung S. 49.
[90]) vgl. § 306 Abs. 4 HGB.
[91]) so Fick, Verschmelzung S. 49.
[92]) Fick, Verschmelzung S. 52/53,

Entwurfe der „Nürnberger Kommission" (1857 bis 1861) formuliert wurde[93]). Die Konkursgesetzgebung lag zu der Zeit noch beim Einzelstaate. Es ist daher nicht anzunehmen, daß eine konkursrechtliche Bestimmung geschaffen werden sollte, zumal auch noch wegen des Herrschens des Konzessionssystems ein Bedarf dafür nicht vorlag. Der Art. 669 wurde durch das Gesetz vom 14. Brachmonat 1881 durch den Bund übernommen. Zu der Zeit war der Bund zwar schon für die Konkursgesetzgebung kompetent, hatte aber davon noch keinen Gebrauch gemacht[94]). Es ist also im höchsten Grade unwahrscheinlich, daß eine konkursrechtliche Bestimmung geschaffen werden sollte. Zudem würde die Form der Bestimmung über die getrennte Verwaltung gesetzestechnisch eine erhebliche Abweichung von der prägnanten Form darstellen, in welcher der Gesetzgeber sonst konkursrechtliche Vorschriften im OR. aufgestellt hat. Der Hinweis auf die Art. 136, 137, 566 und 608 OR. mag genügen. Sodann hat das SchKG. vom 11. April 1889, das mehrere konkursrechtliche Bestimmungen des OR. übernommen hat, und zwar teilweise unter Abänderung, die Vorschrift des Art. 669 unberührt gelassen. Es ist unbedingt anzunehmen, daß die Bestimmung, wenn ihr konkursrechtliche Bedeutung hätte zukommen sollen, Aufnahme im SchKG. gefunden hätte. Auch das Vorbild des HGB. hat eine Aenderung nicht veranlaßt.

Nach allem kann also nicht angenommen werden, daß die Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft irgendein Konkursvorrecht haben, oder daß gar ein selbständiger Konkurs über das getrennt verwaltete Vermögen möglich ist.' Wie oben[95]) bereits erwähnt, ändert der II. Revisionsentwurf an der Bestimmung über die getrennte Verwaltung nichts. Daß für eine klare und eindeutige Regelung ein dringendes Bedürfnis vorliegt, kann nach den obigen Ausführungen nicht zweifelhaft sein. Eine solche muß um so mehr gefordert werden, als gerade die Bestimmungen über die Stellung der alten Gläubiger und das Verhältnis der einzelnen Gläubiger zu den verschiedenen Vermögensmassen die wichtigsten sind aus dem gesamten Fusionsrecht.

[93]) Staub-Pisko Bd. 1 Vorbemerk. S. 1.
[94]) Fick, Verschmelzung S. 52.
[95]) oben S. 39.